

**Alma Mater Studiorum –Università di Bologna**

**DOTTORATO DI RICERCA IN**

**SCIENZE GIURIDICHE – PHD IN LEGAL STUDIES**

**Ciclo XXXI**

**Settore Concorsuale: 12/F1**

**Settore Scientifico Disciplinare: IUS/15**

## **IL «FATTO» IN CASSAZIONE**

**Presentata da: dott.ssa Lucrezia Liserre**

**Coordinatore Dottorato**

**Supervisore**

**Chiar.mo Prof. Andrea Morrone**

**Chiar.mo Prof. Paolo Biavati**

**Esame finale anno 2019**

## INDICE

INTRODUZIONE.....	1
-------------------	---

### Capitolo I

#### ALLE ORIGINI DEL DIVIETO DI ACCESSO AL FATTO IN CASSAZIONE

1. Una doversosa premessa .....	3
2. Alle origini: l'esperienza francese .....	8
3. La disciplina nell' <i>Ancien régime</i> : il <i>Conseil des parties</i> .....	9
3.1. Le origini del ricorso.....	11
3.2. I motivi di ricorso.....	15
3.3. La cognizione del <i>Conseil des parties</i> .....	17
4. La disciplina post-rivoluzionaria: il <i>Tribunal de cassation</i> .....	23
4.1. L'impostazione teorica del <i>Tribunal de cassation</i> .....	25
4.2. ( <i>segue</i> ) E le incongruenze nell'impostazione pratica .....	33
4.2.1. L'intrinseca ipocrisia delle premesse ideologiche .....	34
4.2.2. L'infondatezza del preteso carattere non giurisdizionale.....	42
5. Riflessioni conclusive: istituti a confronto.....	50
5.1. ( <i>segue</i> ) a) L'intento politico .....	50
5.2. ( <i>segue</i> ) b) La deriva giurisdizionale .....	53

### Capitolo II

#### IL RECEPIMENTO DEL MODELLO FRANCESE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1. Premessa.....	56
2. Dalla recezione italica alla scelta italiana del 1865 .....	59
2.1. ( <i>segue</i> ) La disciplina sabauda in tema di Cassazione dal 1847 al 1859 .....	63
2.2. ( <i>segue</i> ) Dalla normativa sabauda del 1859 a quella italiana del 1865 .....	73
3. L'ignavia del Legislatore post unitario .....	84
3.1. Il dibattito Cassazione o Terza istanza nel sistema transitorio .....	86
3.1.1. ( <i>segue</i> ) a) I profili ideologici .....	87
3.1.2. ( <i>segue</i> ) b) I profili tecnico-giuridici.....	88
3.1.3. ( <i>segue</i> ) c) I profili politici .....	93
3.2. La <i>sostanziale</i> unificazione dell'88 e il <i>formale</i> riconoscimento del'23 .....	96
4. Le possibili influenze del pensiero di Piero Calamandrei.....	101
4.1. ( <i>segue</i> ) Il ruolo istituzionale: la riformulazione dell'art. 122, ord. giud. 1865... ..	102
4.2. ( <i>segue</i> ) La struttura e le funzioni: l'unificazione delle Corti di Cassazione e la limitazione al sindacato della Cassazione unica .....	109
4.3. Considerazioni conclusive .....	111

5. Il dibattito in sede Costituente .....	112
5.1. Il dibattito sulla <i>struttura</i> : unicità o pluralità della Magistratura suprema .....	113
5.2. Il dibattito sulla <i>natura</i> : la Corte in difesa dello <i>jus litigatoris</i> .....	120

### **Capitolo III**

#### **DIVIETO DI ACCESSO AL FATTO: UNO STRASCICO ANACRONISTICO?**

1. Il “fatto” in Cassazione: lo stato dell’arte .....	128
1.1. Le ragioni circa l’insindacabilità del fatto: esigenze di nomofilachia .....	129
1.2. Eccezioni al divieto: il “fatto processuale” .....	134
1.3. Meccanismi di indebita incursione nel fatto .....	136
1.3.1. (segue) a) L’interpretazione dei contratti.....	137
1.3.2. (segue) b) Le clausole generali e i concetti giuridici indeterminati .....	141
1.3.3. (segue) c) Il controllo sulla motivazione.....	146
2. La Cassazione tra <i>jus constitutionis</i> e <i>jus litigatoris</i> .....	154
2.1. Sulla deriva nomopoietica di una Corte in tutela dello <i>jus constitutionis</i> .....	155
2.2. In conclusione: l’intrinseca incompatibilità con la natura giurisdizionale .....	163
3. Nell’ottica dell’ <i>essentiam sequitur operationem</i> : la Corte di cassazione giudice di merito .....	164
3.1. (segue) a) una S.C. in tutela dello <i>jus litigatoris</i> : una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 65 ord. giud.....	172
3.2. (segue) b) una S.C. garante dell’uniforme interpretazione della legge: per una giurisprudenza “creativa” ma non “creatrice” del diritto.....	176

<b>CONCLUSIONI.....</b>	<b>180</b>
-------------------------	------------

<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>184</b>
---------------------------	------------

<b>LEGGI E PROVVEDIMENTI LEGISLATIVI .....</b>	<b>191</b>
--	------------

<b>DISCUSSIONI IN ASSEMBLEA .....</b>	<b>195</b>
---------------------------------------	------------

## INTRODUZIONE

«Les Officiers du Tribunal de cassation ne devoient pas porter le nom de Juges: on connoît l'empire des mots sur les choses: ceux que vous auriez nommés Juges voudroient juger; le Peuple lui-même voudroit qu'ils jugeassent»

(CHABROUX, *Gazette Nationale, ou Le moniteur universel*, vol. novembre 1789 – giugno 1790, p. 597)

Coloro che chiameremo Giudici vorranno giudicare; il Popolo stesso vorrà che giudichino.

Affermazione forse scontata e i cui termini di pertinenza al tema che si propone di affrontare, relativo allo studio circa “il fatto” in Cassazione, non appaiono immediatamente chiari.

Ebbene, lo scopo di questo scritto è proprio quello di districare i nessi di interdipendenza tra queste due questioni, l’una relativa alla natura dell’organo di cassazione e l’altra relativa al suo ambito di cognizione.

Ma procediamo per gradi. Ci dovremmo anzitutto chiedere come approcciare il tema del “fatto” nell’ambito di un giudizio di mera legittimità, com’è quello dinnanzi alla Suprema corte; e se, a tal fine, sarebbe opportuno vagliare una ad una le pronunce del consesso alla ricerca di indici o indicatori di un’indebita incursione del magistrato di cassazione nel terreno del fatto; o ancora, se fosse necessario o addirittura doveroso comparare ed analizzare il testo dell’art. 360, co. 1, n. 5 c.p.c., nelle formulazioni che dagli anni Quaranta ad oggi si sono viste susseguirsi; o se, infine, l’indagine sul “fatto” non richiedesse una cernita delle svariate fattispecie legali nelle quali i confini tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* si mischiano fino a confondersi.

Una simile indagine, oltre che essere già stata oggetto di innumerevoli contributi da parte di illustri giuristi rispetto alle cui riflessioni non si potrebbe apportare alcun elemento di novità, non coglierebbe ciò di cui è nostra intenzione trattare in questo scritto, ossia le ragioni del divieto per la Suprema corte, di accedere al “fatto”.

Si tratta di ragioni giustificate dalla tradizione? Dalla logica dell’istituto? Dalla natura del giudizio di cassazione? O forse non sono nient’altro che lo strascico di un’ideologia che ad oggi potrebbe ridursi ad un anacronismo?

Prima di iniziare questo percorso, che vedrà l'analisi dei contesti e delle ragioni storico-politiche in cui si è venuto formando l'organo di cassazione, occorre una doverosa premessa relativa a ciò che si intende, in queste pagine, per "fatto".

Il "fatto" è qui considerato nel senso di "giudizio di merito" o, per essere maggiormente precisi, come *apprezzamento* del materiale assunto nel corso del giudizio e posto, dal giudice di merito, a fondamento del proprio ragionamento decisorio.

La cognizione della S.C. non può, si dice, essere estesa all'accertamento del fatto salvo che: *a)* questi venga censurato in sede di legittimità nell'ambito del motivo *ex art.* 360, co. 1, n. 4 per omessa motivazione, ed in tal caso il sindacato della Corte deve necessariamente limitarsi ad una valutazione relativa al carattere di apparenza, di manifesta ed irriducibile contraddittorietà, di perplessità o incomprensibilità della motivazione sul punto; *b)* non si traduca in un *errores in procedendo*, nella valutazione del quale il magistrato di cassazione diventa giudice del "fatto processuale".

Ciò che è estraneo alla cognizione della Corte non è quindi il "fatto processuale", inteso quale evento interno alla vicenda processuale e che rileva in quanto idoneo a compromettere, quale vizio di attività del giudice o delle parti, la realizzazione del c.d. giusto processo, ma il "fatto sostanziale" ossia quell'evento esterno al processo che deve essere rappresentato e ricostruito all'interno di questo come elemento di una fattispecie da sussumere nel successivo giudizio di diritto.

Le questioni, poco sopra meramente accennate, verranno riprese nel corso della trattazione ma solo ed esclusivamente come spunti di riflessione sullo stato dell'arte e non già come oggetto di studio che, si è detto, guarderà al "fatto in Cassazione" sotto il diverso angolo prospettico della *causa* del divieto più che sul *modus* con il quale tale divieto viene aggirato.

Un breve cenno, infine, all'articolazione strutturale dell'elaborato.

Nei primi due capitoli si vedranno analizzate le ragioni storiche ed i profili giuridici caratterizzanti la nascita dell'organo di cassazione, in Francia prima ed in Italia poi. Da questa prima indagine si avrà modo di far luce sulla logica del divieto di accesso al "fatto" e quindi guardare alla limitazione al sindacato della Corte con una prospettiva critica.

Una volta individuate le argomentazioni che *ab origine* hanno giustificato il divieto in esame, si procederà, nel terzo e conclusivo capitolo, ad una seria riflessione sulla concreta possibilità, quantomeno in termini di opportunità, circa la sua abolizione.

## Capitolo I

### ALLE ORIGINI DEL DIVIETO DI ACCESSO AL FATTO IN CASSAZIONE

#### 1. *Una doverosa premessa*

La complessità che caratterizza un discorso sulle origini del divieto di accesso al fatto in Cassazione dipende da molteplici fattori, primo tra i quali la configurazione dell'istituzione come connubio tra due elementi: il giudice ed il giudizio.

Riuscire a comprendere i termini esatti di quanto appena affermato è di vitale importanza per cogliere l'essenza della tesi che in questa sede si vuole prospettare. Al fine quindi di evitare possibili incomprensioni sul punto che costituisce l'assioma dell'intero ragionamento si ritiene necessario riprendere le parole esatte con le quali CALAMANDREI per primo lo espose.

«La “Cassazione” è un istituto complesso, che risulta dalla combinazione di due elementi reciprocamente complementari, uno dei quali appartiene all'ordinamento giudiziario e trova la sua collocazione sistematica nella teoria dell'organizzazione dei tribunali, della quale costituisce il vertice (*Corte di cassazione*), mentre l'altro appartiene al diritto processuale, e deve essere studiato nel sistema dei mezzi di impugnativa delle sentenze (*ricorso per cassazione*). La relazione di vicendevoles complementarietà che passa tra questi due componenti dell'istituto, è caratteristica, e rappresenta nel nostro sistema giudiziario un esempio unico: la Corte di cassazione è un organo appositamente costituito per giudicare sui ricorsi in cassazione, sicchè la sua composizione e il procedimento che dinanzi ad essa si segue sono stabiliti in modo da corrispondere alle esigenze processuali proprie della struttura di quel rimedio; e viceversa il ricorso in cassazione è un mezzo di impugnativa le cui condizioni sono stabilite dalla legge processuale in modo da provocare da parte della Corte di cassazione un certo limitato riesame, corrispondente ai suoi speciali fini costituzionali. Corte di cassazione e ricorso in cassazione costituiscono pertanto un binomio, i cui termini non possono essere isolati senza perdere, l'uno e l'altro, gran parte del loro significato: mentre gli altri mezzi di impugnativa, per es. l'appello, non sono inscindibilmente connessi nel loro esercizio a un determinato organo giudiziario, e possono, senza perdere la loro fisionomia, essere riservati, secondo i casi, alla competenza di giudici di diverso ordine, la Corte di cassazione ha il monopolio esclusivo di giudicare sui ricorsi per l'annullamento (cassazione) delle sentenze, e il ricorso in cassazione non è concepibile se non come strumento di questo supremo organo giudiziario, che solo attraverso le decisioni sui ricorsi, può esercitare la sua funzione *diversa per i suoi*

*fini, pur rimanendo nell'ambito della giurisdizione, da quella di tutti gli altri organi giudiziari sottostanti (giudici di merito).*

(...) Poiché, nel binomio Corte di cassazione-ricorso per cassazione, il secondo termine si deve considerare come uno strumento del primo, nel senso che il ricorso è stato processualmente costruito così com'è, allo scopo di agevolare alla Corte il conseguimento dei suoi fini istituzionali, è da questa che bisogna cominciare per avere una nozione generale del complesso istituto. La Corte di cassazione, quantunque faccia parte dell'ordinamento giudiziario, e costituisca anzi il vertice supremo della gerarchia di organi ai quali è demandata l'amministrazione della giustizia, non è istituita per raggiungere *soltanto* quello scopo, in senso stretto giurisdizionale, per il conseguimento del quale sono istituiti tutti gli altri giudici (che, in contrapposto alla Corte di cassazione, si sogliono chiamare giudici *di merito*): e che consiste nella attuazione del diritto in concreto, mediante accertamento delle singole volontà di legge che scaturiscono, per regolare i rapporti individuali, dal coincidere di una fattispecie reale con una fattispecie legale. Anche la Corte di cassazione coopera, come si dirà, a questa funzione giurisdizionale in senso stretto, consistente nel rendere giustizia ai singoli: ma questa sua cooperazione è per essa un mezzo, non un fine; perché il fine ultimo che essa, come suo ufficio esclusivo, persegue, è un fine più vasto ed eccedente i limiti della singola controversia decisa.

(...) La *esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge*, l'assicurazione della quale è nel nostro ordinamento lo scopo caratteristico della cassazione, non è l'obbedienza ai concreti precetti individuali, quali scaturiscono dalla legge per il verificarsi in concreto dei fatti da essa ipotizzati in astratto, ma è l'esatta conoscenza della legge nel suo significato generale, la esatta e uniforme interpretazione della portata che ha la legge, come norma generale ed astratta, applicabile a tutta una serie indefinita di casi: "esatta osservanza" e "uniforme interpretazione", dunque, non *da parte dei cittadini* che debbono conformare la loro condotta ai singoli precetti che da essa scaturiscono all'indirizzo di ciascun destinatario, ma *da parte dei giudici*, che, nel giudicare sui fatti altrui, debbono esattamente conoscere la portata e il significato delle leggi che sono chiamati ad applicare. Il funzionamento della Corte di cassazione è così in stretta relazione con quella interpretazione giudiziaria delle leggi che nella pratica si sul chiamare per antonomasia la "giurisprudenza", e al di sopra della quale la Corte di cassazione è posta appunto come "Corte regolatrice della giurisprudenza". (...) Il suo scopo ultimo è dunque di più ampia portata che non quello strettamente giurisdizionale dei giudici di merito: è uno scopo di carattere costituzionale di coordinazione tra la funzione legislativa e la funzione giudiziaria; che attiene, più che alla fase di applicazione del diritto al caso concreto, alla fase di *formazione* o di *formulazione del diritto da applicarsi ai casi futuri*. (...) Essa non è posta al di fuori dell'ordinamento giudiziario: per sorvegliare l'interpretazione che alle leggi vien data dai giudici, è *essa stessa un giudice* posto al vertice dell'ordinamento

giudiziario, di cui rappresenta l'estremo gradino; ed è dunque apparentemente come tutti gli altri giudici, un organo istituito per rendere giustizia ai singoli, ma con questa differenza: che essa rende giustizia ai singoli *soltanto nei limiti in cui ciò le possa servire per raggiungere il suo scopo di unificazione della giurisprudenza*. Il mezzo che permette alla Corte di cassazione di far camminare di pari passo l'interesse individuale alla giustizia del caso singolo, e l'interesse pubblico alla esatta ed uniforme interpretazione della legge in astratto è il ricorso in cassazione.»

(CALAMANDREI - FURNO, voce *Cassazione civile*, in *Nov.mo dig. it.*)<sup>1</sup>

Ricapitolando, il primo elemento, che identifica da un punto di vista sistematico l'istituto, è rappresentato dall'*organo*-Corte di Cassazione: organo unico posto al vertice dell'ordinamento giudiziario che, pronunciandosi in via esclusiva sul *mezzo*-ricorso per cassazione, non risponde alla domanda giudiziale ma si limita a valutare la legittimità della decisione adottata dal giudice all'esito del giudizio di merito, annullandola o confermandola. Si tratterebbe di una funzione specifica della Corte di cassazione, che viene esercitata in virtù del ruolo istituzionale (garantire l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge) ad essa attribuito e che difetta negli altri organi giurisdizionali. Il secondo elemento, lo strumento processuale del *ricorso per cassazione*, non sarebbe invece altro che un mezzo attraverso il quale l'*organo* esercita la sua pregorativa costituzionale e che, quindi, deve essere costituito in modo tale da permettere alla Corte il raggiungimento di detto scopo.

Ci si potrebbe chiedere in che cosa consti l'attinenza di questa premessa con il divieto di accesso al fatto in Cassazione. La risposta è in ciò che TARUFFO definisce come il "*wishful thinking*", ossia «l'abitudine a pensare che la realtà sia fatta proprio come la si vuole, e a scambiare per realtà le proprie teorie»<sup>2</sup>.

Ma procediamo per gradi.

Ad oggi è luogo comune affermare che la Suprema corte non possa e non debba scendere dall'empireo del diritto per toccare il fatto proprio in ragione del carattere di mera legittimità del suo ufficio. «Il motivo per il quale la cognizione della Corte di cassazione

---

<sup>1</sup> CALAMANDREI P. – FURNO C., voce *Cassazione civile*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. II, Utet, 1958 p. 1053 e ss. Il testo, nell'originale versione del CALAMANDREI pubblicata per il *Nuovo Digesto Italiano*, è stato ripreso e revisionato nell'edizione del 1958 a cura di FURNO. Si tratta ovviamente di un riassunto, che in questa sede torna utile al fine di evitare possibili incomprensioni, della tesi sostenuta e più profondamente argomentata dal Maestro nei volumi de *La Cassazione civile*, pubblicati nel 1920 e che si vedranno più volte ripresi in questo scritto.

<sup>2</sup> TARUFFO M., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Il Mulino, Bologna, 1991, p. 8.



non si estende all'accertamento del fatto», scrive la penna di RORDORF, «dipende dalla scelta di attribuire a detta corte funzione di giudice di legittimità e di non trasformare il ricorso per cassazione in un ulteriore grado di merito»; scelta che, secondo l'autore, «ha ben note radici storiche ed è attestata dalla stessa definizione degli errori di diritto deducibili col ricorso, in termini di “violazione o falsa applicazione delle norme di diritto” (art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c.), con esclusione quindi delle censure afferenti ai presupposti di fatto rilevanti ai fini dell'applicazione di quelle norme»<sup>3</sup>. Dalla dottrina, invece, tale *ratio* viene solitamente evidenziata con riferimento alla duplice funzione, nomofilattica da un lato ed impugnatoria dall'altro, rivestita dalla Cassazione nel nostro sistema ordinamentale<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> v. Cass. SS.UU. 22/05/2012, n. 8077, in *CED* rv. 622361, in motivazione, p. 4 ss. L'imperativo circa l'insindacabilità del fatto in Cassazione è del resto comunemente ribadito dalla giurisprudenza della Corte, v. tra le altre, Cass. civ. sez. III, 18/03/1995, n. 3205 ove i giudici di legittimità affermano come l'indagine relativa alla “comune volontà dei contraenti” rappresenti «un tipo di accertamento di fatto che è riservato al giudice di merito ed è sindacabile in cassazione soltanto per difetto di motivazione» e come quest'ultimo – il vizio di motivazione ex art. 360.1, n. 5 c.p.c. - «non conferisce alla Corte di Cassazione il potere di riesaminare e valutare autonomamente il merito della causa, ma solo quello di controllare, sotto il profilo logico formale e della correttezza giuridica, le argomentazioni svolte dal giudice del merito, al quale spetta esclusivamente individuare le fonti del proprio convincimento, di esaminare le prove, controllarne l'attendibilità e la concludenza, scegliere tra le risultanze istruttorie quelle ritenute più idonee a dimostrare i fatti in discussione, dare la prevalenza all'uno o all'altro mezzo di prova, salvi i casi tassativamente previsti dalla legge»; v. altresì Cass. civ. sez. VI, 7/01/2014, n. 91 ove si afferma come «la Corte di cassazione non p[ossa] procedere ad un nuovo giudizio di merito, con autonoma valutazione delle risultanze degli atti, né porre a fondamento della sua decisione un fatto probatorio diverso od ulteriore rispetto a quelli assunti dal giudice di merito» (*Giust. civ. mass. 2014*); v. Cass. civ. sez. VI, 28/03/2012, n. 5024 (*Giust. civ. Mass. 2012*, 3, 415); v. infine Cass. civ. sez. lav., 26 marzo 2010, n. 7394 ove si sancisce che «È inammissibile il motivo di ricorso per cassazione con il quale la sentenza impugnata venga censurata per vizio di motivazione (...) qualora esso intenda far valere la rispondenza della ricostruzione dei fatti operata dal giudice al diverso convincimento soggettivo della parte e, in particolare prospetti un preteso migliore e più appagante coordinamento dei dati acquisiti, atteso che tali aspetti del giudizio, interni all'ambito di discrezionalità di valutazione degli elementi di prova e dell'apprezzamento dei fatti, attengono al libero convincimento del giudice e non ai possibili vizi del percorso formativo di tale convincimento (...). In caso contrario, infatti, tale motivo di ricorso si risolverebbe in una inammissibile istanza di revisione delle valutazioni e dei convincimenti del giudice di merito, e perciò in una richiesta diretta all'ottenimento di una nuova pronuncia sul fatto, estranea alla natura e alle finalità del giudizio di cassazione.» (*Giust. civ. Mass. 2010*, 3, 448).

<sup>4</sup> v., tra gli altri, BIAVATI, secondo cui «le norme di ordinamento giudiziario (artt. 65-68) e del codice di procedura civile (artt. 360 ss.) disegnano due distinte funzioni della Corte: impugnatoria e nomofilattica. Da un lato, essa è l'organo giudiziario che si occupa di sindacare l'applicazione o l'interpretazione del diritto nel singolo procedimento, costituendo l'ultima e più alta istanza di impugnazione rispetto ad un dato processo. In questo senso, la Cassazione è un giudice di legittimità, a motivo che, a differenza dei giudici di merito, non indaga il fatto ma verifica la corretta interpretazione e applicazione del diritto a proposito di un contesto fattuale già accertato. Dall'altro, essa è chiamata a svolgere anche una funzione di interesse generale, esercitando la c.d. nomofilachia, vale a dire assicurando, secondo la lettera del già citato art. 65, l'uniforme interpretazione della legge e l'unità del diritto oggettivo nazionale. In questa seconda prospettiva, rileva solo mediatamente che l'esatta osservanza della norma abbia una ricaduta concreta sulla tutela di diritti specifici» (cfr. BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, BUP, Bologna, 2018, p. 491 ss.); MANDRIOLI-CARRATTA, i quali sottolineano come «la funzione del rimedio in discorso sta nell'eliminare gli errori di diritto, nei quali possono essere incorsi i giudici di merito; in questo rilievo è già implicito che il giudizio di cassazione è un giudizio essenzialmente *di diritto* ossia un giudizio teso a controllare la puntuale

La sostanza, in realtà, è sempre la stessa: alla Corte è precluso il sindacato in fatto in quanto, essendo il suo scopo quello di uniformare l'interpretazione della legge ed assicurare l'unità del diritto oggettivo nazionale, il ricorso deve essere strutturato in modo tale che l'oggetto del giudizio venga a formarsi esclusivamente sui vizi *in iure* della sentenza impugnata (così come limitati dai motivi di ricorso) lasciando, per così dire, in secondo piano l'eventuale ingiustizia nella risoluzione del caso concreto.

Veniamo quindi ad individuare in cosa consisterebbe il *wishful thinking* e, quindi, l'attinenza di questo discorso al tema oggetto di studio.

Siamo davvero certi che il divieto di accesso al fatto dipenda dalla qualificazione del giudizio dinnanzi alla Suprema corte in termini di mera legittimità e che tali termini permettano realmente l'esercizio della funzione nomofilattica?

Si è detto che la Corte di cassazione rappresenta un *unicum* nel nostro ordinamento in quanto istituto strutturato sul binomio giudice-giudizio. Come “giudice” la Cassazione è organo teso a garantire la nomofilachia; e, conseguentemente, il “giudizio” dinnanzi ad essa deve essere strutturato in modo tale da permettere solo un controllo di legittimità e non anche di merito. Al contempo, è proprio perché il giudizio è così strutturato che la Corte riesce a perseguire il suo fine istituzionale.

Ma allora occorre chiedersi, onde evitare di cadere nella tentazione di confondere la teoria con la realtà, lo scopo per il quale è stato creato, in origine, il c.d. modello a Cassazione è ad oggi ancora lo stesso? Rispetto ad un eventuale mutamento di scopo, il procedimento si è modificato?

La ragione dovrebbe infatti imporre di considerare che, se stiamo realmente parlando di un istituto costituito su un binomio di due termini, all'evolversi di uno dei due, dovrebbe seguire l'evolversi dell'altro.

---

applicazione della legge non più ad opera delle parti (se non indirettamente), ma ad opera dei giudici, che sono, dunque, i primi e diretti destinatari del controllo di legalità. Si comprende allora la ragione per la quale questo giudizio di controllo sia affidato ad un giudice (nel senso di ufficio giudiziario) che, da un lato, sta al vertice dell'ordinamento giudiziario e, dall'altro lato, è unico in tutto il territorio dello Stato. Questo giudice è la Corte di cassazione che – così enuncia l'art. 65 dell'ordinamento giudiziario (R.D. 30 gennaio 1941, n. 12) – *assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni*. In realtà, quest'enunciazione, a parte la sua enfasi, ha il pregio di evidenziare la duplice funzione della Corte di cassazione, che mentre, da un lato, - col curare l'*esatta osservanza* della legge – è ancora un giudice, che opera (come è proprio dei giudici) sul caso concreto, ad iniziativa delle parti, dall'altro lato, e proprio mentre cura l'osservanza della legge nei singoli casi concreti, può, ciò facendo, assicurare l'*uniforme interpretazione della legge e l'unità del diritto nazionale* ossia assolvere alla funzione c.d. di *nomofilachia*» (cfr. MANDRIOLI C. – CARATTA A., *Corso di diritto processuale civile, II. Il processo di cognizione*, Giappichelli Ed., Torino, 2017, p. 290 ss.).

Questa correlazione di complementarietà, come avremo modo di vedere nelle pagine che seguiranno, non fu mai pienamente raggiunta: gli scopi istituzionali dell'organo furono oggetto di profonda trasformazione ma i limiti procedurali costruiti al fine di garantire il loro raggiungimento non subirono la medesima evoluzione se non, s'intende, attraverso pratiche surrettizie mai positivamente riconosciute. Sul punto, lo si appurerà, non si può che condividere l'opinione del FAZZALARI nell'affermazione per cui «nel completare e nel perfezionare il meccanismo processuale della propria funzione nel processo civile, la Cassazione ha sempre badato acchè esso non le impedisse di rendere giustizia per così dire sostanziale»<sup>5</sup>.

## 2. *Alle origini: l'esperienza francese*

Al fine di valutare se, ed in quale misura, gli scopi istituzionali ed il procedimento dinnanzi alla Corte di cassazione mutarono nel tempo, occorre volgere indietro lo sguardo al momento in cui la storia conobbe del c.d. modello a Cassazione.

Nella sua particolarità, di istituto complesso risultante dal connubio giudice-giudizio, la Cassazione vede un duplice antecedente storico: il *Conseil des parties* e il *Tribunal de cassation*. Nonostante la diversità di contesto, entrambi i consessi si vedevano infatti competenti a conoscere delle *demande en cassation* proposte dalle parti al fine di ottenere l'annullamento delle sentenze – *arrêts* – pronunciate in ultima istanza dagli organi giurisdizionali. Mutando la stagione storica di riferimento, mutava, s'intende, la *ratio* posta a fondamento del potere di annullamento.

È proprio con riferimento a tale ultima osservazione che parte della dottrina<sup>6</sup> ripudia l'idea di considerare il *Conseil des parties* un antecedente della Corte di cassazione: se è

---

<sup>5</sup> v. FAZZALARI E., *Il giudizio civile di Cassazione*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 2.

<sup>6</sup> V., in particolare, MORTARA il quale asserisce come «Sono da ripudiare, senza scrupolo le vane disquisizioni cui presero diletto parecchi scrittori di procedura, circa l'origine più o meno antica e più o meno romana dell'istituto della corte di cassazione. Qualunque illusione ottica possa produrre la forma di certi reclami giudiziari passati nel dominio della storia, il carattere essenziale del supremo istituto di giurisdizione civile degli stati moderni trae ragione e impronta dalla costituzione politica e solo da questo punto di vista può essere convenientemente studiato ed apprezzato» (cfr. MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile. Vol. I: Teoria e sistema della giurisdizione civile*, Vallardi, Milano, 1910, nota 1, §66, p. 80-81); tale origine viene altresì riconosciuta dal CALAMANDREI che, nelle note finali del suo primo volume sulla Cassazione civile afferma che: «come conclusione generale di tutto lo Studio storico compiuto fin qui possiamo oramai ritenere che la Cassazione, nei suoi elementi essenziali, è istituto di origine prettamente francese, e che tutti i tentativi di scoprire tracce delle sue origini fuori dalla Francia non trovano alcun fondamento nella realtà storica» dando, in questo senso, atto a quanto detto dal MORTARA, dal CALAMANDREI a sua volta citato (cfr. CALAMANDREI P., *La Cassazione civile. Vol. I. Storia e legislazioni*

vero che il *Tribunal de cassation* non rappresentò un «geniale ritrovato delle fervide menti rivoluzionarie»<sup>7</sup>, si sostiene, è altrettanto vero che con il decreto del 27 novembre – 1° dicembre 1790<sup>8</sup> i Costituenti francesi diedero vita ad un istituto portante un'ideologia totalmente differente rispetto all'archetipo dell'*ancien régime* e quindi a questo assolutamente non comparabile.

Su tali affermazioni si avrà modo di sollevare alcuni rilievi critici, ma per il momento occorre concentrare la nostra attenzione sulla disamina della disciplina di entrambi gli istituti, per poi valutarne, con cognizione di causa, similitudini e differenze.

### 3. *La disciplina nell'ancien régime: il Conseil des parties*

Sarebbe inutile discorrere degli antichi antagonismi per il potere che videro la monarchia francese scontrarsi con le tendenze decentratrici dei Parlamenti<sup>9</sup> che, in questa

---

(1920) in *Opere giuridiche*, a cura di CAPPELLETTI M., vol. VI, Morano, Napoli, 1976, p. 701). La riconduzione, al tempo della Rivoluzione francese, della nascita dell'istituto della Cassazione è altresì testimoniata da innumerevoli fonti, sia attuali (cfr. SATTÀ S.–PUNZI C., *Diritto processuale civile*, appendice di aggiornamento alla XIII ed., Cedam, Padova, 2007, p. 39; SPANGHER G., *Trattato di procedura penale. Vol. V. Impugnazioni*, Utet, Torino, 2009, p. 628; AMOROSO G., *Il giudizio civile di cassazione*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 3; BIAVATI P., *Argomenti di diritto processuale civile*, cit., p. 478; RICCI G.F., *Il giudizio civile di cassazione*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 4) che maggiormente datati (cfr. SALA E., *Osservazioni critiche sulla istituzione del tribunale di cassazione*, in *Mon. Trib.*, sabato 15 dicembre 1860, n. 122, p. 969 ss; CARCANO G., *Sul quesito Cassazione o terza Istanza*, in *Mon. Trib.* N. 40/1866, p.912; SATTÀ S., *Passato ed avvenire della Cassazione*, cit., p. 947; *idem*, *Commentario al codice di procedura civile. Libro II, parte II*, Vallardi, Milano, 1959, p. 175; MAZZARELLA F., *Passato e presente della Cassazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1/1972, p. 95).

<sup>7</sup> Con queste parole, CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI*, cit., p. 378.

<sup>8</sup> Per prendere visione del testo del Decreto v. TARBÈ DES SABLONS A.P., *Cour de cassation. Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation*, Roret, Paris, 1840, §517, p. 241 consultabile altresì sul sito internet: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f255.image>, per approfondimenti v. oltre nota 51

<sup>9</sup> L'antagonismo è evidente già durante il Medioevo, periodo nel quale il sovrano di Francia, per limitare la giustizia baronale, accentrò in sé, insieme agli altri poteri, anche il potere giudiziario. Nell'amministrazione della giustizia e degli affari del regno, il re veniva coadiuvato dalla *Curia regis* che, con l'aumentare delle sue competenze, vide al proprio interno una scissione che portò, tra il XIII e il XIV sec., alla creazione del *Grand Conseil*, della *Chambre des Comptes* e del *Parlement*, organi rispettivamente specializzati per gli affari politici, per gli affari finanziari e per l'amministrazione della giustizia (v. MORTET CH., voce *Conseil du roi*, in *La grande encyclopédie: inventaire raisonné des sciences, des lettres et des arts*, tomo 12, Lamirault, Paris, 1885-1902, p. 493, consultabile online alla pagina web: <https://archive.org/stream/agf6662.0012.001.umich.edu#page/493/mode/1up>). Il *Parlement* agiva, a differenza dei giudici inferiori, con riguardo ad una funzione che non si poteva dire come esclusivamente giurisdizionale avendo la facoltà, oltre che di esercitare un potere regolamentare entro la propria giurisdizione – *arrêts de règlement* – anche di *enregistrement*, ossia di “registrazione” delle ordinanze regie, che solo in tal modo acquisivano valore di legge. Non solo; il *Parlement* aveva altresì una certa libertà d'interpretazione nell'applicazione della legge, che era assolutamente vietata ai giudici inferiori che si dovevano attenere al testo espresso della normativa. Tali poteri, di notevole incisività, e la sempre maggiore indipendenza dei Parlamenti dalla persona del re, li trasformarono nel corso del tempo, da strumenti atti garantire il potere accentratore monarchico rispetto alle giurisdizioni dei baroni feudali, ad oppositori dell'assolutismo rispetto al quale erano entrati in conflitto. Il potere attribuito al Parlamento di Parigi, e agli altri parlamenti istituiti

sede, si ritiene sufficiente ricordare al solo fine di comprendere appieno l'esigenza che portò all'istituzione, sotto la monarchia di Enrico III di Valois, del *Conseil des parties*.

Occorre innanzitutto sottolineare come la facoltà del sovrano di interpersi nelle questioni giudiziarie potesse assumere diverse configurazioni a seconda del ruolo che lo stesso intendeva rivestire nell'ambito dell'amministrazione della giustizia. La concentrazione nella sua persona di tutti i poteri dello Stato comportava infatti la possibilità per il re di conoscere della controversia sia in qualità di sovrano legislatore sia in qualità di giudice supremo.

Se, sotto quest'ultimo profilo, il sovrano esercitava le proprie prerogative al fine di perseguire il generale interesse della giustizia, in qualità di sovrano legislatore egli agiva esclusivamente a tutela del proprio interesse.

Di questa distinzione occorre necessariamente tenere conto non solo al fine di comprendere l'originario inquadramento del ricorso per cassazione ma, si premette già da ora, anche al fine di individuare la natura della nostra attuale Cassazione. Lasciando momentaneamente cadere la discussione sotto quest'ultimo profilo, che verrà successivamente trattato, occorre soffermarsi sul rilievo che tale distinzione comportò con

---

successivamente sul territorio, si configurava infatti come un potere delegato dal sovrano – *justice déléguée* – il quale rimaneva fonte originaria della giurisdizione e giudice supremo di tutto il regno. Le prerogative regie nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, venivano esercitate tramite le *lettres de la Chancellerie* – o *lettres de justice* – a seguito delle quali il sovrano sostituiva la propria cognizione – *justice retenue* – a quella dell'organo delegato: il Parlamento. In questo senso le parole del VIOLET: «*Le roi délègue la justice à ses sénéchaux, à ses baillis, à ses Parlements; mais il n'aliène pas son droit de juger*» (cfr. VIOLET P., *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, tome II, Parigi, 1898, p. 223). La ribellione dei Parlamenti al potere regio, manifestatosi dapprima sotto forma di isolati dinieghi alla registrazione delle ordinanze reali – *rectius: remonstrance* –, divenne sempre più decisa nel corso del XVII – XVIII sec., dove l'arbitraria interpretazione giurisdizionale si presentava come una minaccia tale da dover operare una riforma legislativa che riattribuisse il controllo normativo nelle mani del sovrano (ciò è testimoniato anche da COLBERT che, nelle memorie per la riforma della giustizia, scrive: «*Le dessein que le Roy tesmoigne avoir de travailler à la justice de son royaume, est le plus grand et le plus glorieux que puisse entrer dans l'esprit d'un roy; mais comme Sa Majesté ne pense et n'exécute rien que de grand et de proportionné à l'étendue de son esprit, qui n'a point de bornes, elle nous a fait suffisamment connoître qu'elle ne veut pas entreprendre ce dessein pour suivre l'exemple des rois ses prédécesseurs, qui se sont contentés de faire quelque ramas d'ordonnances, de l'exécution de quel ils ne se sont pas fort mis en peine, et ont, par cette négligence, donné lieu à une entreprise ordinaire sur l'autorité royale, qui est tellement tournée en habitude, qu'il n'y a pas de petit conseiller de compagnie appelée abusivement souveraine qui ne croie estre en droit et qui ne juge tout les jours contre les termes précis de l'ordonnance, et ainsy entreprenne et s'arroe la puissance législative dans ce royaume, qui réside en la personne seule du souverain*» cfr. COLBERT J.B., *Mémoire sur la réformation de la justice*, maggio 1665, in CLÈMENT P.P., *Lettres, instructions et mémoires de Colbert. Tome VI: Justice et police, affaires religieuses, affaires diverses*, Paris, 1861-1873, p. 5 consultabile alla pagina web: <https://archive.org/stream/lettresinstructi06colbuoft#page/5/mode/1up>). Per approfondimenti v. CHÈRUEL A, voce *Parlement*, in *Dictionnaire historique des institutions, moeurs et coutumes de la France*, partie II, 6° ed., L. Hachette, Paris, 1884, p. 943 consultabile online alla pagina web: <https://archive.org/stream/dictionnairehist02cher#page/943/mode/1up>; per una visione d'insieme, v. CALAMANDREI P., *Cassazione civile. Vol. I. Storia e legislazioni*, op. cit., §100 ss., p. 264 ss.

riguardo alla genesi del ricorso per cassazione che, nell'*ancien régime*, si configurava come un vero e proprio “ricorso al re”.

### 3.1. *Le origini del ricorso*

I privati potevano ricorrere al re, in origine, solo mediante la *proposition d'erreur* e la *requête civile* che si configuravano come vere e proprie azioni di impugnativa mediante le quali si chiedeva al sovrano di revocare il giudicato e ridiscutere una controversia altrimenti decisa irrevocabilmente. La *proposition d'erreur* era avanzata dal privato che volesse lamentare un errore – inizialmente generico, di fatto o di diritto, attinente al giudizio e successivamente solo di fatto – relativo ad una sentenza resa in ultima istanza da una Corte sovrana<sup>10</sup>; la *requête civile* era invece proposta qualora si volesse lamentare un'opposizione tra la cosa giudicata e l'equità evidente nella sentenza irrevocabile, o perché decisa da un Parlamento o perché, pur pronunciata da un giudice inferiore, fosse successivamente divenuta inappellabile<sup>11</sup>. Su entrambe le azioni, il sovrano si pronunciava mediante comandi diretti al giudice che prendevano il nome di *lettres de justice* o *lettres de Chancellerie*. In queste ipotesi, nonché nel caso in cui il suo intervento fosse diretto al dirimere eventuali conflitti di competenza tra Corti sovrane, il monarca interferiva nell'amministrazione della giustizia in qualità di giudice supremo; l'interesse posto a giustificazione del suo intervento era infatti l'interesse delle parti ad un corretto svolgimento del giudizio e quindi, più in generale, un interesse teso alla tutela circa il buon andamento della giustizia.

In termini assai differenti si configura invece il ruolo che il sovrano rivestiva nel caso in cui annullasse una sentenza dei Parlamenti resa in contrasto con la sua volontà e a cui Calamandrei fa riferimento in termini di “cassazione politica”<sup>12</sup>; in questa specifica ipotesi, infatti, il sovrano non agiva in qualità di giudice supremo ma operava nel proprio esclusivo interesse quale sovrano legislatore essendo l'annullamento diretto non già a revocare il giudicato tra le parti, ma teso alla riaffermazione del proprio potere rispetto alla minaccia rappresentata dai Parlamenti i quali tendevano, con sempre maggior enfasi, a sconfinare i

---

<sup>10</sup> Cfr. CALAMANDREI P., *Cassazione civile. Vol. I. Storia e legislazioni*, op. cit., § 103 ss., pp. 274 ss. Per approfondimenti circa l'evolversi dell'istituto v. oltre nota 24.

<sup>11</sup> Cfr. CALAMANDREI P., *Cassazione civile. Vol. I. Storia e legislazioni*, op. cit., § 105 ss., pp. 281 ss.

<sup>12</sup> Cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI*, op. cit., p. 301.

limiti imposti dalla delegazione, giudicando contro il testo delle ordinanze, dichiarazioni ed editti regi e quindi, in ultima analisi, contro la volontà stessa del monarca legislatore.

Se, in un primo momento, tale “cassazione politica” avveniva su impulso esclusivo del sovrano che annullava, *du propre mouvement*<sup>13</sup>, le sentenze rese *en contravention aux ordonnances*, con l’espandersi della legislazione regia e l’aumentare del numero dei Parlamenti, tale iniziativa venne estesa anche ai privati<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Per un approfondimento sulle origini e sulle tipologie degli *arrêts de son propre mouvement du Roi*, v. ODORISIO E., *Il principio di diritto nell’interesse della legge*, Giappichelli Ed., Torino, 2018, pp. 18 ss.

<sup>14</sup> L’annullamento degli *arrêts* resi in contrasto con la volontà del sovrano vide una graduale evoluzione: in un primo momento l’annullamento non si configurava come rimedio generale alla contravvenzione di qualsiasi ordinanza regia, ma si atteggiava quale sporadico strumento di tutela limitato a singole norme processuali, o relative alla forma del procedimento, imposte dal sovrano a pena di nullità e che rappresentavano quindi non già un comando specifico al singolo giudizio, rispetto al quale il sovrano agiva in qualità di giudice supremo, ma un comando generale applicabile a tutti gli eventuali giudizi rappresentante quindi una manifestazione della volontà del re in qualità di sovrano legislatore. Un ammonimento, in tal senso, viene offerto già nel 1563 dal Cancelliere L’Hôpital che, nel *Lit de justice* tenuto a Rouen, con riferimento ai giudici, afferma: «*Vous jurez à vos réceptions de garder les ordonnances, et entrez en vos charges par serment, jurez et promettez les garder: les gardez-vous bien? La plupart d’icelles est mal gardée; il y a pis, car vous dites estre par-dessus les ordonnances et n’estre obligez par icelles, si n’est en temps qu’il vous plaist. Messieurs, faites que l’ordonnance soit par dessus vous. Vous dites estre souverains: l’ordonnance est le commandement du roy, et vous n’êtes pas par-dessus le roy* » (cfr. *Lit de justice tenu par le roi au parlement de Rouen après la prise du havre sur les Anglais*. Rouen, 17 août 1563, testo integrale in ISAMBERT F.A., DECRUSY, TAILLANDIER A.H., *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l’an 420, jusqu’à la révolution de 1789*, tome XIV, 1<sup>o</sup> partie, Belin-Leprieur, Paris, 1829, p. 147 consultabile online alla pagina web: <https://archive.org/stream/recueilgnral14fran#page/147/mode/1up>). Il rispetto, da parte del potere giudiziario, della volontà reale in tal senso espressa divenne dettato positivo con l’Ordonnance de Moulins del 1566 al cui art. 68 è prescritto che: «*(...) et déclarons les jugemens qui autrement seront donnez, nuls et de nul effet, réservans aux parties contre les juges leurs dommages et intérêts, procédans de la contravention à cette nostre ordonnance, et se pourvoir pour ce regard pardevers Nous et en nostre conseil*» (cfr. *Ordonnance sur la réforme de la justice. Moulins, février 1566*, in *Recueil général*, tome XIV, cit., p. 207 consultabile online alla pagina web: <https://archive.org/stream/recueilgnral14fran#page/207/mode/1up>). Sulla rilevanza di tale norma positiva la dottrina italiana dei primi del Novecento si divise: secondo lo STOLFI si deve proprio all’art. 68 dell’Ord. du Moulins la nascita del ricorso per cassazione (cfr. STOLFI N., *La riforma della corte di cassazione*, in *Giur. it.*, 1912, parte IV, p. 212) mentre secondo Calamandrei, la norma segnava la censura delle sentenze rese in contravvenzione non già della generale volontà del sovrano legislatore ma solo ad una porzione di essa e, più precisamente, quella che si manifestava nel comando regio espresso nella nullità di singole norme processuali o relative alla forma del procedimento; il rimedio, secondo Calamandrei, non si poteva ancora configurare come “istituto generale a tutela della legge” (cfr. CALAMANDREI P., *Cassazione civile. Vol. I. Storia e legislazioni*, op. cit., p. 299 ss.) che iniziò a considerarsi tale solo a partire dal 1597 anno in cui l’Ordonnance de Blois dispose, all’art. 208, che: «*déclarant les jugemens, sentences et arrêts qui seront donnez contre la forme et teneur d’icelles, nuls, et de nul effet et valeur*» (cfr. *Ordonnance rendue sur led plaintes et doléances des états-généraux assemblés à Blois en novembre 1576, relativement à la police générale du royaume*. May 1579, in *Recueil général*, tome XIV, cit., p. 430 consultabile online alla pagina web: <https://archive.org/stream/recueilgnral14fran#page/430/mode/1up>). È infatti, secondo Calamandrei, solo a partire dall’Ord. de Blois che si iniziò a dichiarare formalmente la nullità di ogni sentenza resa in generale contrasto con la legislazione regia, non già più con il solo riferimento alla violazione di una norma o forma processuale stabilita a pena di nullità, ma con generale riferimento alla volontà del sovrano espressa prima sotto forma di ordinanza e poi estesa, a partire dal 1667, dapprima agli editti e alle dichiarazioni regie (art. 8, Tit. I, *Ordonnance civile touchant la réformation de la justice. St-Germain-en-Laye, avril 1667*, in *Recueil général*, tome XVIII, cit., p. 106 consultabile online alla pagina web: <https://archive.org/stream/recueilgnraldes04jourgoog#page/n113/mode/1up>) e successivamente anche al

La possibilità per il privato cittadino di ricorrere al re in qualità di sovrano legislatore al fine di ottenere la cassazione di una sentenza resa *en dernier ressort*, si costituiva quindi in termini di coordinazione tra due interessi: da un lato, l'interesse del sovrano a veder rispettata la propria volontà legislativa e dall'altro l'interesse dei litiganti ad ottenere la cassazione di una pronuncia altrimenti irrevocabile, potendosi non evincere in essa quei vizi che avrebbero legittimato la *proposition d'erreur* o la *requête civile*.

A differenza della prima tipologia di ricorso, che vedeva il monarca agire in qualità di giudice supremo, nell'ipotesi di cassazione politica al privato non veniva riconosciuta una vera e propria azione di impugnativa: l'interesse del litigante si configurava infatti quale "interesse mediato", sfruttato dall'interesse sovrano al solo fine di garantire al monarca un maggiore e più diffuso controllo circa il rispetto della propria volontà legislativa. Il fine ultimo di tale rimedio, che prenderà successivamente il nome di "*demande en cassation*", non era quindi quello di riparare ad una lesione subita dalla parte con la sentenza, ma quello di garantire il rispetto delle prerogative legislative sovrane rispetto alla disobbedienza dei Parlamenti, nel cui contesto l'interesse privato figurava solo quale semplice strumento d'iniziativa e non come finalità di tutela.

Una volta che il privato avesse infatti, con proprio impulso, attirato l'attenzione del sovrano sull'*arrêt* ritenuto in contrasto con un'ordinanza regia, il procedimento seguiva nell'esclusivo interesse del monarca e solo eventualmente, qualora il sovrano accertasse – tramite il proprio Consiglio – la veridicità della violazione e quindi avesse un personale interesse all'annullamento, poteva comportare un vantaggio per la parte<sup>15</sup>. Da ciò, CALAMANDREI evince quel particolare carattere che differenzia il concetto di "cassabilità" del diritto francese, rispetto al concetto di "annullabilità" del diritto comune: l'"annullabilità" di una sentenza si configurava quale situazione giuridica rilevante per le parti le quali, se si trovavano inermi di fronte ad un giudicato valido, rispetto ad un giudicato annullabile avrebbero dovuto attivarsi per distruggerne ogni efficacia; la "cassabilità" si configurava invece, secondo il Maestro fiorentino, come «una situazione giuridica perfettamente irrilevante, almeno in diritto, di fronte alle parti, poiché la cassazione poteva avvenire soltanto in quanto il re la volesse, e la vera causa determinante

---

diritto romano o al *droit coutumier* (Cfr. CALAMANDREI P., *Cassazione civile. Vol. I. Storia e legislazioni*, cit., p. 306).

<sup>15</sup> Cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §119, pp. 308 ss.



della cassazione non era il vizio della sentenza, ma la volontà del sovrano»<sup>16</sup>. In altre parole, la cassazione da parte del sovrano legislatore non si esprimeva come atto di giurisdizione, ma come un atto politico diretto al raggiungimento di un interesse personale, essendo del tutto irrilevante l'accertamento di un altrui diritto all'annullamento della sentenza.

In questo contesto, è chiaro come la *demande en cassation* nasca e si sviluppi originariamente come rimedio esterno al processo in senso stretto; si trattava, come si è osservato, di uno strumento di conflitto politico, di un'arma del potere sovrano contro l'inottemperanza dei Parlamenti.

In entrambi i casi in cui il sovrano interveniva nell'amministrazione della giustizia – in qualità di giudice supremo e in qualità di sovrano legislatore – il monarca prendeva cognizione dei ricorsi mediante il proprio Consiglio che, con il *Règlement du 11 août 1578*<sup>17</sup>, vide la propria scissione in due distinte sezioni: il *Conseil d'État* per gli affari politici e il *Conseil des parties* per quelli giudiziari. Al *Conseil des parties* erano quindi dirette non solo la *proposition d'erreur* e la *requête civile* ma altresì la *demande en cassation*.

Tralasciando l'ipotesi in cui il ricorso del privato veniva diretto al *Conseil* al fine di richiedere l'intervento del sovrano in qualità di giudice supremo occorre, per ciò che ci interessa trattare, comprendere come la detta sezione speciale del Consiglio regio si coordinò con la *demande en cassation* rispetto alla quale non si poteva fare riferimento in termini di “rimedio processuale” propriamente detto.

L'originaria ontologia della cassazione politica, quale rimedio inizialmente esterno al processo, vide infatti una parziale e surrettizia corruzione a rimedio processuale, avvicinando la *demande en cassation* a quelle che erano le finalità proprie della *proposition d'erreur* e della *requête civile*<sup>18</sup>. Interessante, in questo contesto, è comprendere come

---

<sup>16</sup> *Ivi*, p. 315.

<sup>17</sup> Cfr. CHÈNON È., *Origines, conditions, et effets de la cassation*, Larose et Forsel, Paris, 1882, p. 33-34, consultabile alla pagina web della Gallica, portale online della Bibliothèque Nationale de France (BNF): <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57841400/f55.image.r=origines.%20conditions%20et%20effets%20de%20la%20cassation.langEN>. Il testo del *Règlement du 11 août 1578* è riportato in GIRARD È., *Trois livres des offices de France*, chez Estienne Richer, Livre II, Tiltre II, Paris, 1638, p. 623 ss, consultabile online: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k110980z/f631.image.r=Trois%20livres%20des%20offices%20de%20France.langEN>

<sup>18</sup> In particolare con riferimento alla *requête civile* che, in seguito all'abolizione della *proposition d'erreur* ad opera dell'*Ordonnance civile* del 1667, iniziò a essere rimedio esperibile anche per denunciare alcuni *errores in procedendo*, quali ad esempio: le trasgressioni alla procedura stabilita con ordinanza; la pronuncia in *ultra* petizione ed in *extra* petizione, l'omessa pronuncia e la contrarietà di sentenze inappellabili emesse

avvenne tale deviazione che, seppur lasciava invariata la funzione di tutela delle prerogative regie da parte del *Conseil des parties*, comportò uno sviamento dall'impostazione originaria che potrebbe essere accostato, *mutatis mutandis*, a quello che successivamente caratterizzò il *Tribunal*.

### 3.2. I motivi di ricorso

La corruzione della *demande en cassation* a rimedio processuale si tradusse, in sostanza, in un ampliamento dei motivi di ricorso rispetto all'unico originariamente previsto, ossia la contravvenzione alle ordinanze. Tale surrettizio riconoscimento avvenne non solo per lenta evoluzione pratica, ma anche ad opera della dottrina il cui apporto fu reso, se non necessario, quantomeno fisiologico dall'originaria e scarna disciplina della *demande en cassation*: l'esogenesi del rimedio ne comportò infatti una regolamentazione posta al di fuori del processo in senso stretto, divergente rispetto a quella delle azioni di impugnativa, che si vedevano specificatamente disciplinate nelle ordinanze di procedura. Le fonti che si riferiscono alla *demande en cassation* vanno infatti ricercate nei regolamenti del *Conseil des parties*, successivamente riuniti nel *Règlement concernant la procédure que Sa Majesté veut-êtré observée en son Conseil* del 28 giugno 1738<sup>19</sup>, e non già nelle ordinanze di procedura.

Il fatto che la *demande en cassation* non fosse disciplinata da una legge processuale ma dal regolamento del Consiglio del 1738 non si sostanzia in una semplice disparità di fonti ma, al contrario, comporta una notevole limitazione nell'esperimento del rimedio ed una sua profonda differenziazione rispetto alle azioni di impugnativa delle quali, nel periodo storico in esame, era sopravvissuta solo la *requête civile*.

A differenza dell'*Ordonnance* del 1667, che dava compiuta indicazione circa i motivi per i quali fosse esperibile la *requête civile*<sup>20</sup>, il titolo IV della parte I del Regolamento del

---

nella stessa causa dallo stesso giudice (Cfr. CALAMANDREI P., *Cassazione civile. Vol. I. Storia e legislazioni*, op. cit., §107, p. 287).

<sup>19</sup> Cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §118, p. 306; per prendere visione del testo del regolamento v. TARBÈ DES SABLONS A.P., *Cour de cassation. Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation*, Roret, Paris, 1840, §186, p. 194, consultabile altresì alla pagina web: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f208.image>

<sup>20</sup> v. art. 34, tit. XXXV, dell'*Ordonnance civile touchant la réformation de la justice. St-Germain-en-Laye, avril 1667*, in ISAMBERT F.A., DECRUSY, TAILLANDIER A.H., *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420, jusqu'à la révolution de 1789*, tome XVIII, Belin-Leprieur, Paris, 1829, p. 179, consultabile alla pagina web: <https://archive.org/stream/recueilgnraldes04jourgoog#page/n186/mode/lup>

1738, rubricato “*Des demandes en cassation d’arrêts ou de jugements rendus en dernier ressort*”, disciplinava il procedimento innescato dalla *demande en cassation* senza fare riferimento alcuno a *les moyens*.

L’indeterminatezza legislativa, che aleggiava sui presupposti che legittimavano l’esercizio del rimedio, ne comportò una successiva specificazione a livello pratico in quanto si iniziò a distinguere, in seno al più generale riferimento circa la *contravention aux ordonnances*, quelle violazioni alla volontà sovrana che si traducevano in trasgressioni alle ordinanze in materia processuale da quelle che rappresentavano un’inottemperanza alla sola legge sostanziale. Questa prima specificazione rappresenta, secondo CALAMANDREI, un semplice “sviluppo logico” dell’istituto, essendo legittimo ritenere che, non avendo tutte le ordinanze la stessa funzione ed importanza, altresì le loro contravvenzioni potevano non avere la medesima natura<sup>21</sup>.

Per il vero, fin quando la specificazione assunse i soli caratteri della bipartizione tra contravvenzioni ad ordinanze attinenti al processo – *errores in procedendo* – e contravvenzione ad ordinanze in materia di diritto sostanziale – *errores in iudicando* – non si può asserire una deviazione del modello della *demande en cassation* quale strumento atto a garantire le prerogative legislative del sovrano essendo le norme violate, quantunque di procedura o di diritto sostanziale, pur sempre emanazione della volontà regia e quindi espressione di un conflitto tra sovrano e Parlamenti.

La parziale corruzione del modello avvenne solo in un secondo momento quando, ad opera della dottrina, si iniziarono ad ammettere nella pratica giudiziaria vizi ulteriori che non appartenevano allo schema originario della cassazione politica. Ciò avvenne sia per quanto riguarda l’inosservanza delle regole processuali, sia per quanto concerne la mancata applicazione delle regole sostanziali.

Sotto il primo profilo, nel corso del XVIII sec. si assistette infatti ad un’estensione di quelli che erano considerati *errores in procedendo* potendosi ammettere il ricorso, non solo in caso di contravvenzione ad un’ordinanza in materia processuale, ma altresì alla presenza di quei vizi relativi all’attività processuale che il diritto comune enumerava tra le cause di nullità e ciò a prescindere dalla loro traduzione in una violazione ad un’ordinanza regia. In altre parole: la *demande en cassation* stava poco a poco allontanandosi dalla sua originaria funzione di strumento politico per divenire mezzo d’impugnativa contro i vizi processuali

---

<sup>21</sup> Cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §122, pp. 319 ss.

della sentenza, a prescindere dall'esistenza concreta di un conflitto tra giudice e sovrano. Ciò è dimostrato, da CALAMANDREI<sup>22</sup>, con riguardo al fatto che, nell'ultimo secolo della monarchia, la cassazione fosse esperibile anche in presenza di vizi che legittimavano la proposizione della *requête civile* la quale, nel corso del tempo, assunse i caratteri propri di una *querela nullitatis*<sup>23</sup>.

Anche per quanto concerne gli *errores in iudicando* si assistette ad una deviazione rispetto al modello originale: se inizialmente infatti, la cassazione politica poteva essere esperita dalla parte come strumento per far valere i vizi *in iure* della sentenza al fine di denunciare al sovrano una violazione delle regole da esso imposte – a livello di diritto sostanziale – da parte dei Parlamenti, nel corso del XVIII sec. il privato soccombente iniziò ad abusarne al fine di ottenere, in virtù dei propri interessi, una surrettizia revisione della sentenza sia *in iure* che *in facto*<sup>24</sup>.

### 3.3. La cognizione del Conseil des parties

Ebbene, lo sviamento dalle originarie finalità della *demande en cassation*, che la pratica giudiziaria e la dottrina contribuirono a porre in essere, si riflesse altresì, per reciproca coordinazione, in un ampliamento circa lo spettro di cognizione del *Conseil des parties*.

Per quanto concerne gli *errores in procedendo*, la cognizione del *Conseil* si estendeva invero anche a fatti estranei ed antecedenti rispetto alla sentenza: si pensi ad esempio al

---

<sup>22</sup> Ivi, § 123, p. 322.

<sup>23</sup> Ad esempio nel caso di ultra petizione, v. *retro* nota 17.

<sup>24</sup> Vale la pena di ricordare come, fino alla sua abolizione nel XVII sec., il diritto francese individuasse nella *proposition d'erreur* lo strumento atto a sindacare l'errore *in facto* attinente al giudizio. Pare opportuno ripercorrere brevemente il progressivo decadimento dell'istituto al fine di comprendere il rapporto che intercorse tra esso e la *demande en cassation* così come delineata nel XVIII sec.

Inizialmente, la *proposition d'erreur* si configurava come azione di impugnativa contro gli *arrêts en dernier ressort* che contenevano un errore di giudizio, essendo irrilevante l'attinenza al fatto o al diritto. Successivamente, la dottrina limitò l'esperimento della *proposition d'erreur* ai soli vizi del giudizio attinenti all'errore *in facto* in virtù del riconoscimento, anche nel diritto francese dell'*ancien régime*, del principio dello *Iura novit curia* sulla base del quale si presupponeva l'insindacabilità dell'errore riferito alla decisione delle questioni di diritto senza, ovviamente, offendere la dignità del giudice che, nel caso di specie, non era un semplice tribunale, ma una Corte sovrana. Nonostante la limitazione ai soli errori *in facto* relativi al giudizio, la *proposition* cadde ad ogni modo in disuso nel corso dei secoli, essendo un rimedio al cui esperimento si associava l'errore e l'ignoranza del giudice, e fu definitivamente abolito dall'art. 42 del titolo XXXV dell'*Ordonnance civile* del 1667 (ISAMBERT, *Recueil général*, op. cit., p. 180, consultabile online: <https://archive.org/stream/recueilgnralsdes04jourgoog#page/n187/mode/1up>).

Si capisce, in questi termini, la profonda differenza di principio che intercorreva tra la *proposition d'erreur* e la *demande en cassation*: a quest'ultima era infatti permesso un sindacato, il medesimo di cui fu spogliata la *proposition*, sulla base di una differente giustificazione di fondo che non si traduceva più in una lagnanza del privato contro il mal operato del giudice ma in una trasgressione del giudice rispetto ad un comando sovrano.

caso in cui una sentenza venisse cassata poiché, alla sua deliberazione, fosse intervenuto un giudice ricusato<sup>25</sup>; in questo caso il *Conseil* non avrebbe potuto accertare la violazione del disposto di cui all'art. 6, titolo XXIV<sup>26</sup> dell'*Ordonnance civile* del 1667, senza prendere cognizione di come in concreto il processo si fosse svolto, di quanti giudici fosse composto il collegio e quali tra questi fossero stati ricusati. In altre parole, la cognizione del *Conseil* non si vedeva limitata all'accertamento del contrasto tra la sentenza impugnata e la volontà legislativa sovrana ma, in quanto volta a stabilire se l'attività processuale fosse in concreto svoltasi così come prescritto dalla legislazione sovrana, si estendeva anche all'accertamento delle attività compiute nel giudizio di merito.

Per quanto invece concerne la cognizione del *Conseil des parties* con riferimento agli *errores in iudicando* occorre procedere alla usuale distinzione che intercorre tra gli errori di giudizio relativi alla premessa maggiore e quelli relativi alla premessa minore del sillogismo.

Con riguardo agli *errores in iudicando* relativi alla premessa maggiore, il *Conseil* procedeva a cassazione non solo qualora il Parlamento avesse giustificato il proprio *arrêt* giudicando in assoluta contrarietà rispetto al testo delle ordinanze in materia sostanziale, ad esempio nel caso in cui il giudizio fosse fondato su una norma giuridica inesistente, ma altresì qualora il Parlamento avesse, nel giudicare, interpretato la normativa regia esercitando, in tal modo, un'attività che spettava in via esclusiva al sovrano<sup>27</sup>.

Per quanto concerne questo primo profilo non si può affermare un'incoerenza nell'estensione circa l'ambito di sindacabilità del *Conseil des parties*: occorre infatti tenere a mente che, nell'ottica di un sistema accentrato come quello rappresentato da una monarchia assoluta, se si considerava lecito per il re avocare a sé la cognizione delle controversie giudiziarie al fine di tutelare la propria volontà nell'applicazione della legge poteva senz'altro considerarsi lecita l'avocazione anche nel caso di interpretazione della

---

<sup>25</sup> *Arrêt* 27 agosto 1668, Pour Jean de Lort de Serignan, Sieur de Valras, in BORNIER P., *Conférences des ordonnances de Louis XIV*, vol. I, Les associez, Paris, 1755, p. CXXXVIII, consultabile online alla pagina web: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1166723/f696.image.r=bornier%20arrets.langEN>. L'esempio è richiamato da CALAMANDREI, (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur.* Vol. VI, *op. cit.*, §129, p. 343.

<sup>26</sup> Rubricato “*Des récusations des juges*” (v. ISAMBERT, *Recueil général, op. cit.*, p. 149, consultabile online alla pagina web: <https://archive.org/stream/recueilgnrldes04jourgoog#page/n155/mode/1up>).

<sup>27</sup> Il divieto di interpretazione giurisprudenziale si vedeva sancito dall'art. 7 del titolo I dell'*Ordonnance civile* del 1667, che disponeva come: «*Si dans les jugements des procès qui seront pendans en nos cour de parlement et autres nos cour, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de quelques articles de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres-patentes, nous leur défendons de les interpréter, mais voulons qu'en ce cas elles aient à se retirer par-devers nous, pour apprendre ce qui sera de notre intention*».

stessa. In altre parole: essendo esclusivamente il sovrano la fonte legislativa dello Stato, pare evidente come nel caso in cui emergessero lacune normative, antinomie o semplici dubbi interpretativi, fosse necessario interpellare il sovrano al fine di ottenere una interpretazione autentica. Del resto, ciò che poteva essere sindacata non era solo la falsa interpretazione della legge, ma ogni sorta di interpretazione da parte del giudice<sup>28</sup>; ma se, invero, si tiene in considerazione il clima di contrasto politico tra il potere centrale e quello decentrato, è plausibile ritenere come l'interpretazione giudiziaria avrebbe potuto costituirsi quale occasione, per i Parlamenti, di inottemperanza e di ribellione all'ordinamento monarchico.

Per quanto invece riguarda la cognizione del *Conseil des parties* circa gli *errores in iudicando* relativi alla premessa minore del sillogismo, si nota una maggiore incongruenza rispetto a quelle che erano le finalità della *demande en cassation*. Risulterebbe infatti, ai fini di tutela delle prerogative legislative sovrane, irrilevante apprezzare un errore del giudice sulla qualificazione giuridica del fatto che non si configurerebbe già quale violazione o fraintendimento della norma giuridica astratta – ossia, in questo contesto, del comando regio, ma rappresenterebbe un inganno sulla sua applicazione in concreto, ossia un errore circa l'apprezzamento dei caratteri giuridici del rapporto sostanziale, la cui sindacabilità se è certo oggetto di interesse da parte dei litiganti, non lo è da parte del sovrano legislatore.

In altre parole, considerando come funzione principale del *Conseil des parties* quella tesa ad impedire ai giudici di contravvenire astrattamente al comando generale posto dall'ordinanza, poco rileva o rilevarebbe, per il sovrano legislatore, attivarsi per accertare il corretto apprezzamento giuridico del caso concreto sottoposto a decisione.

Ciò nonostante, nella pratica forense iniziarono ad evincersi, quali *moyens* legittimanti il ricorso, non solo la falsa applicazione di legge, rispetto alla quale il *Conseil des parties* procedeva a cassazione per errore di sussunzione<sup>29</sup>, ma anche ipotesi che non si potevano

---

<sup>28</sup> Il divieto generale di interpretazione giudiziaria era limitato alle sole ordinanze regie senza estendersi alle fonti romane, al diritto consuetudinario e, secondo la dottrina – in virtù del carattere “sovrano” di cui godevano le Alte Corti – neanche all'equità. A differenza poi del caso di “*fausse interpretation*”, che era sindacabile come *errores in iudicando*, l'ipotesi in cui l'interpretazione avanzata dal giudice, ancorché corretta, fosse stata posta in essere senza un preventivo interpello al sovrano, era comunque sindacabile come *errores in procedendo*. Cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §131, pp. 346 ss.

<sup>29</sup> *Arrêt* 28 maggio 1668, pour le Fermier des Aydes de Thoucy (in BORNIER P., *Conférences des ordonnances de Louis XVI, op. cit.*, p. CLXXIII, consultabile online alla pagina web: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1166723/f731.image.r=bornier%20arrets.langEN>) nel quale il *Conseil*



qualificare come errori *in iure* essendo diretti a lamentare non già una violazione di legge, una sua falsa interpretazione od un inganno nella sua applicazione, ma una *injustice évidente et manifeste* della sentenza. In questi casi, oggetto del sindacato di conformità alla volontà sovrana, non sarebbe stata una pronuncia viziata da un *error in iure* ma da un *error in facto* relativo alla premessa minore del ragionamento giuridico seguito dal giudice.

Al fine di comprendere appieno quest'ultimo profilo sarebbe necessario affrontare compiutamente lo studio di tutte le sfaccettature proprie della teoria dell'*error in iudicando* che però, se trattato in questa sede, sposterebbe l'attenzione dal particolare al generale. Pare quindi opportuno accennare ora solo ad una parte della teoria dell'*error in iudicando*, quella che maggiormente interessa l'evoluzione circa l'ambito di cognizione del *Conseil des parties*. CALAMANDREI, negli *Studi sul processo civile*<sup>30</sup>, contesta l'affermazione – da alcuni sostenuta<sup>31</sup> – secondo la quale, nel sillogismo finale operato dal giudice per pervenire alla decisione, la premessa maggiore sia rappresentata da una norma di diritto e quella minore da un accertamento sul fatto; e, conseguentemente, ritiene che sia erroneo

---

scende ad esaminare la pignorabilità di alcuni beni, nella specie *deux chevaux & une charrette*, che poteva essere riconosciuta solo qualora il bene in questione non avesse determinati caratteri, nella specie la loro funzionalità *à labourer et cultiver les terres, vignes et prés*, secondo il disposto di cui all'art. 16, tit. XXXIII dell'*Ordonnance civile* del 1667 (v. ISAMBERT, *Recueil général*, op. cit., p. 171, consultabile online alla pagina web <https://archive.org/stream/recueilgnraldes04jourgoog#page/n178/mode/1up>).

<sup>30</sup> Cfr. CALAMANDREI P., *La genesi logica della sentenza civile*, p. 49, in *Studi sul processo civile*, vol. I, Cedam, Padova, 1930, p. 1.

<sup>31</sup> Cfr. SCHMIDT R., *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1906 p. 332-333 secondo cui: «Bereisgegenstand sind die verschiedenartigen Elemente, aus denen sich die gerichtliche Entscheidung aufbaut. Der Ausspruch über Existenz oder Nichtexistenz eines Anspruchs ist nämlich dem Sprachgebrauch nach wie auch im streng logischen Sinne ein Urteil, d.h. das Produkt einer Schlussfolgerung aus Untersatz und Obersatz, einer conclusio aus propositio minor und propositio maior. Die Elemente, aus denen mittelst Reflexionsprozesses dieses Urteil gewonnen wird, bilden: a) Als Untersatz die Tatsachen, d. h. die einzelnen konkreten Ereignisse des Lebens, die die Geschichte des menschlichen Einzeldaseins oder des Lebens größerer oder engerer Personenkreise ausmachen. Sie können Vorgänge, d. h. in kurzen Zeiträumen flüchtig vorübergehende Ereignisse, oder Zustände, sich über mehr oder minder lange Zeiträume dauernd erstreckende Vorkommnisse, sein. Sie können Vorgänge des äußeren Lebens oder solche des inneren oder Seelenlebens sein. (...) b) Als Obersatz liegen dem Urteil über den Anspruch zugrunde die allgemeinen abstrakten Regeln, welche die Bedingungen fixieren, unter denen alle Einzeltatbestände rechtssachen, den Untersatz anzuwenden, - unter sie sind die Tatsachen zu subsumieren, wenn das Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruchs, das ius in hypothesi, gefolgert werden soll. In jedem Fall sind Obersätze: 1. Die rechtssätze, das ius in thesi, aus denen allein gewisse Tatbestände ihre Rechtswirkung herleiten, - die Gesetze, die von den gesetzgebenden Faktoren des Staats die Eigenschaft beigelegt erhalten haben, daß sie Recht sein sollen, und die Wohnheitsrechtssätze, d. h. die Sätze, die von der Bevölkerung in der Überzeugung von ihrer rechtsverbindlichen Kraft anerkannt und geübt werden. 2. Abgesehen von den Rechtssätzen bedarf es aber zur prozessualen Urteilsfällung sehr oft noch einer anderen Klasse von Obersätzen. Die Rechtssätze bezeichnen nämlich, indem sie die rechtserzeugenden Tatbestände schaffen, die für alle Fälle geltenden Bedingungen der Rechtserzeugung, - endigung ung - veränderung sehr häufig nicht erschöpfend, sondern nur zum Teil, setzen vielmehr stillschweigend oder ausdrücklich eine Ergänzung aus denjenigen Regeln voraus, welche die Erfahrung der menschlichen Gesellschaft oder einzelner Stände oder Berufsklassen aus immer wiederkehrenden Einzelsvorgängen abgeleitet hat und als feststehende überliefert, - den Lebensregeln oder Erfahrungssätzen. (...)»

supporre la riconduzione di tutti gli errori in cui il giudice può cadere nella premessa maggiore ad *errores in iure* e tutti quelli relativi alla premessa minore ad *errores in facto*. Egli infatti se da un lato riconosce il carattere «generale ed ipotetico» del giudizio posto a premessa maggiore e quello «singolare e positivo» del giudizio posto a premessa minore del sillogismo finale, dall'altro rileva come l'errore *in iudicando* non possa genericamente distinguersi in *error in iure* od *in facto* a seconda che ricada nella premessa maggiore o minore del ragionamento giuridico seguito dal giudice. In altre parole: non tutti gli errori relativi alla premessa maggiore si configurano quali errori di giudizio in diritto e non tutti gli errori relativi alla premessa minore sono errori di giudizio in fatto pur essendo, rispettivamente, errori relativi ad un giudizio generale da un lato e particolare dall'altro.

Alla base della premessa maggiore del sillogismo può essere infatti posta, secondo CALAMANDREI, sia una norma giuridica sia una massima di esperienza, ma solo l'errore sulla prima – la norma giuridica – costituisce un *error in iure*<sup>32</sup>. Parallelamente, alla base della premessa minore vi è certo un giudizio singolare che però riveste non solo l'esistenza di un fatto storico, ma altresì l'esistenza di determinati caratteri giuridici propri di quel determinato fatto; solo se l'errore cade sul primo di questi profili – l'accertamento storico del fatto – si può correttamente definire come *error in facto* mentre, qualora l'organo giudicante si confonda sulla qualificazione giuridica del fatto accertato come esistente si dovrà, secondo CALAMANDREI, intendere come un *error in iure*.

Il Maestro fiorentino non solo afferma come, nell'ambito della teoria dell'*error in iudicando*, non possa assolutisticamente asserirsi come ogni errore relativo alla premessa maggiore del sillogismo sia qualificabile come un *error in iure* ed ogni errore relativo alla premessa minore come un *error in facto* potendosi, la prima, costituire altresì come errore circa una massima di esperienza – che non è, a parere dell'autore, un errore di diritto – e la seconda presentarsi sia come errore in diritto che come errore in fatto, ma si spinge oltre, sostenendo altresì come gli errori di fatto e di diritto relativi alla premessa minore del sillogismo possano, per verità, ricondursi entrambi ad un errore sul giudizio di diritto. La

---

<sup>32</sup> Si tratta di un errore ingiustamente sindacabile in sede di Cassazione avendo quest'ultima, secondo CALAMANDREI, un ambito di cognizione limitato ai soli errori di diritto (cfr. CALAMANDREI P., *La genesi logica della sentenza civile*, op. cit., p. 49, nota 109). Della stessa opinione non è il CHIOVENDA, secondo il quale la violazione di una massima di esperienza comporta un vizio certamente censurabile dinanzi alla Suprema Corte in quanto qualificato come errore circa un giudizio generale, cosicché «*se il giudice desume la sua affermazione da massime generali d'esperienza applicate al caso concreto, anche il giudizio di fatto può essere censurato in quelle sue premesse generali*» (cfr. CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1913, p. 1028).



premessa minore del sillogismo *finale* è infatti rappresentata da un giudizio singolare che però non concerne l'accertamento circa l'esistenza o meno di un fatto, quanto l'accertamento circa l'esistenza o meno di quei caratteri giuridici che fanno del fatto un "fatto giuridicamente qualificato" rispetto al verificarsi del quale l'ordinamento fa discendere determinati effetti giuridici, ossia quelle conseguenze giuridiche che la norma impone ai casi che sotto di essa vengono sussunti.

Qualora si volesse operare un parallelismo tra le moderne teorie in tema di *error in iudicando* e l'ambito di cognizione del *Conseil des parties*, si potrebbe notare come l'evoluzione circa la pratica dinnanzi a tale organo non solo si spinse, dall'originaria limitazione alla cognizione esclusiva degli errori relativi alla premessa maggiore in diritto (la violazione o falsa interpretazione della volontà sovrana espressa sotto forma di ordinanza), e da questa agli errori relativi alla premessa minore in diritto (falsa applicazione di legge, *rectius*: errata qualificazione giuridica del fatto) ma altresì ai vizi relativi alla premessa minore in fatto, *errores in facto* non già propri di un giudizio generale ed ipotetico, ma singolare e particolare quali l'*injustice évidente et manifeste* della decisione giudiziale, trasformando quindi la funzione del *Conseil des parties* da organo atto a salvaguardare le prerogative sovrane dinnanzi agli attentati dei Parlamenti, procedendo a cassazione politica, ad organo operante a tutela del litigante, intervenendo al fine di riparare ad un mal giudicato, politicamente irrilevante.

DE PITAVAL, nel prologo alle sue *Causes célèbres*, scrive: «*Rien n'est plus propre que le succès de l'imposture de Pierre Mège, pour nous faire voir que Dieu, qui livre les hommes à la dispute où ils s'exercent les uns contre les autres, mundum tradidit disputationi eorum*<sup>33</sup>, *se joue de leurs lumieres. Il permet quelquefois que les gens les plus éclairés, ceux qu'on appelle les Sages de la terre, malgré leur pénétration & leur application à chercher la vérité, prennent pour elle mensonge, & soient les dupes des plus soibles génies*»<sup>34</sup>.

Il caso giudiziario in questione rappresenta senz'altro un'ipotesi di *mal jugé* da parte dell'organo giudicante che, nell'espletamento del suo ufficio, cadde in errore accertando come vera una menzogna; si tratta, in particolare, del Parlamento di Provenza che, con

---

<sup>33</sup> Eccl. c. 3, v. II.

<sup>34</sup> DE PITAVAL G., *Causes célèbres et intéressantes avec les jugemens qui les ont décidées*, tome II, chez Bassompierre & Van Den Berghen, Liege, 1775, p. 1, consultabile online alla pagina web: <https://archive.org/stream/causesclbres002gayo#page/n7/mode/2up>

l'*arrêt* del 17 luglio 1706<sup>35</sup>, accertò in giudizio la ragione di un tale Pierre Mège che si pretendeva essere in realtà Isaac Caille, figlio di un nobile calvinista, Scipion le Brun de Castelane, signore di Caille e di Rougon. La filiazione, finalizzata alla qualificazione di erede legittimo del signore di Caille e riconosciuta all'abile truffatore Pierre Mège, rappresentava senza dubbio un'ingiustizia ai danni dei veri eredi ai quali però non sarebbe stato consentito il ricorso in cassazione essendosi, il processo, svolto unicamente attorno ad una questione di fatto. Così non fu; De La Bliniere, avvocato del legittimo erede, non curandosi della compatibilità formale dell'*arrêt* al testo delle ordinanze reali, ricorse infatti per cassazione adducendo a motivazione la sola iniquità manifesta della sentenza del Parlamento di Provenza<sup>36</sup>. Inutili furono le proteste della controparte: il *Conseil* si pronunciò infatti il 12 luglio 1708<sup>37</sup> cassando la sentenza del Parlamento di Provenza e rinviando il giudizio di merito al Parlamento di Parigi che riconobbe definitivamente la truffa del signor Mège.

Questa controversia, riportata e commentata fedelmente da DE PITAVALL, si configura indubbiamente come uno di quei casi, di non rara evenienza, su cui il *Conseil des parties* giudicava eccedendo i limiti di cognizione ad esso impostagli dalla *ratio* propria della *demande en cassation* quale rimedio politico e non processuale; ciò è dimostrato considerando che il materiale presentato dall'avvocato De La Bliniere a sostegno del ricorso dinanzi al *Conseil* fu il medesimo su cui successivamente si fondò il giudizio del rinvio, essendo «*le moyen de cassation qu'il a mis en œuvre au Conseil, est formé du fond même du Procès*»<sup>38</sup>.

#### 4. La disciplina post-rivoluzionaria: il Tribunal de cassation

L'intento teso alla riedificazione *ex novo* dell'intero impianto ordinamentale della Francia post-rivoluzionaria fu, dall'Assemblea Nazionale, dichiarato anche con riferimento all'ordinamento giudiziario rispetto al quale «*la nécessité de la régénération*

---

<sup>35</sup> *Arrêt* 17 luglio 1706, in DE PITAVALL G., *Causes célèbres*, op. cit., p. 21.

<sup>36</sup> «*A l'égard des moyens de cassation, M. de la Bliniere, à présent Conseiller au Grand Conseil, alors Avocat du Sieur Rolland, négligeant ceux qui étoient fondés sur de prétendues contraventions aux Ordonnances, mit tout sa confiance dans l'iniquité évidente de l'Arrêt du Parlement de Provence. Voilà son unique moyen de cassation, qu'il fit valoir avec cette éloquence solide (...)*» Cfr. DE PITAVALL G., *Causes célèbres*, op. cit., p. 30.

<sup>37</sup> *Arrêt* 12 luglio 1708, in DE PITAVALL G., *Causes célèbres*, op. cit., p. 48.

<sup>38</sup> *Ivi*, p. 159.

*nous a paru absolue, indispensable*»<sup>39</sup>. Ebbene, se si può certo affermare che tale intento si sia effettivamente realizzato in molti campi istituzionali, lo stesso non può dirsi per l'istituzione del *Tribunal de cassation*, rispetto alla quale, più che di “creazione *ex novo*”, occorre fare riferimento in termini di “innovazione del preesistente”.

Il *Tribunal* non nasce, come si è detto, dalle fervide menti dei legislatori rivoluzionari ma trova un proprio antecedente storico nel *Conseil des parties* del quale però, in seno all'Assemblea, non si voleva tenere conto, facendo passare sotto silenzio gli interventi tesi a individuarne le similitudini. Tra questi, il più evidente è certo quello dell'Abate Royer, le cui parole appaiono inequivocabili: «*Je suis étonné de voir mettre en question s'il sera établi un Tribunal de cassation, si les Juges de ce Tribunal seront permanens ou ambulants, puisque cette fonction a toujours été attribuée au Pouvoir exécutif, & qu'on ne peut lui ravir ce pouvoir, qui lui a été confié par la Nation*»<sup>40</sup>.

Il fatto che il *Conseil des parties* rappresentasse, già nell'*ancien régime*, un organo supremo destinato a custodire e far osservare la legge, costituisce infatti l'elemento principe con il quale si giustifica la prudenza rispetto all'asserito carattere di “novità” del *Tribunal de cassation* del quale l'Assemblea Nazionale si fece portavoce. Del resto, la resistenza da parte dei legislatori rivoluzionari al riconoscimento nel *Conseil des parties* dell'archetipo del *Tribunal* e la conseguente individuazione in quest'ultimo di un istituto di nuova creazione non appare del tutto incomprensibile: la repulsione nei confronti delle passate istituzioni e la creazione *ex novo* dell'ordine statuale e sociale preesistente, è noto, sono elementi fisiologici al fenomeno rivoluzionario.

In altre parole, era irrilevante considerare come la “struttura” propria del *Tribunal de cassation* effettivamente derivasse dal suo archetipo dell'*ancien régime* quando è la *ratio* posta alla base della sua creazione a caratterizzarne la funzione. Tale è infatti l'opinione di

---

<sup>39</sup> Così l'intervento di Thouret alla seduta del 24 marzo 1790 conclusasi con la risposta affermativa dell'Assemblea Nazionale al quesito: “*L'ordre judiciaire sera-t-il reconstruit en entier ou non?*” (cfr. *Gazette Nationale, ou Le moniteur universel*, n. 84 del 25 marzo 1790, in *Gazette Nationale, ou Le moniteur universel*, vol. Novembre 1789 – Giugno 1790, p. 344, consultabile al sito internet: <https://archive.org/stream/gazettenationale8990panc#page/344/mode/1up>).

<sup>40</sup> Seduta del 25 maggio 1790 (cfr. *Gazette Nationale, ou Le moniteur universel*, n. 146 del 26 maggio 1790, in *Gazette Nationale, ou Le moniteur universel*, vol. Novembre 1789 – Giugno 1790, p. 594, consultabile al sito internet: <https://archive.org/stream/gazettenationale8990panc#page/594/mode/1up>) L'Abate Royer fece notare l'inopportunità di alcuna discussione relativa all'istituzione del *Tribunal de cassation*, che abbia sede unica o distaccata sul territorio, essendo, la funzione di detto tribunale, già esercitata dal potere esecutivo. Il tentativo dell'Abate Royer di sottolineare l'inutilità della creazione di un organo già esistente – il *Conseil des parties* – si concluse sul nascere, vista la reazione dell'Assemblea, dinnanzi alla quale all'Abate non restò che concludere: “*Comme membre du Conseil, je croyois avoir qualité pour faire ces observations; mais puisque je trouve aussi peu d'indulgence dans cette Assemblée, je me retire*”.

due tra i massimi processual-civilisti italiani, PIERO CALAMANDREI e SALVATORE SATTA che, pur non negando l'esperienza storica che ebbe il *Conseil des parties* nell'istituzione del *Tribunal de cassation*<sup>41</sup>, osservano come ciò che realmente incise nella sua elaborazione furono gli aspetti ideologici, frutto delle dottrine illuministiche e rivoluzionarie, che rivitalizzarono e trasformarono nella sostanza un istituto, il *Conseil des parties*, del quale si conservava la sola struttura. Lasciando momentaneamente cadere eventuali critiche a questa impostazione teorica, che verranno successivamente trattate, occorre individuare il fattore "ideologico" che, secondo gli Illustri autori citati, costituisce la peculiarità del *Tribunal de cassation* e come questo si tradusse in norma positiva.

#### 4.1. (segue) L'impostazione teorica del Tribunal de cassation

Alla base dell'elaborazione del *Tribunal de cassation*, così come istituito dal decreto 27 novembre – 1° dicembre 1790<sup>42</sup>, concorsero due tra i principali postulati filosofici del nuovo ordinamento politico: l'onnipotenza della Legge e la separazione dei poteri.

---

<sup>41</sup> In vero gli Autori, pur pervenendo alla medesima conclusione, attribuiscono un peso diverso all'esperienza offerta dal *Conseil des parties*: CALAMANDREI non sminuisce l'importanza del fattore storico, asserendo come «il Tribunale di cassazione non [possa] considerarsi un prodotto puramente dottrinario: se esteriormente esso porta evidente la traccia di quei postulati astratti, ai quali tutta la costituzione rivoluzionaria si ispirò, il suo nucleo centrale è un retaggio storico tramandato dall'*ancien régime*; anzi, più che il nucleo centrale, ha origine storica nel Tribunale di Cassazione quella che si potrebbe dire la sua "armatura" elementare, il suo scheletro semplice e nudo, che la rivoluzione seppe sfruttare per i suoi scopi, nascondendolo sotto un rivestimento di nuovi principî e di significati nuovi» (cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §138, p. 378). Il SATTA invece, pur ammettendo che la funzione attribuita al *Tribunal de cassation* fosse già nell'*ancien régime* «una concreta esperienza nell'ordinamento francese (...) in quel *Conseil des parties*», ritiene inutile discorrere della effettiva derivazione di tale modello dall'altro, essendo il *Tribunal de cassation* frutto delle idee e dell'ideologia dell'epoca ed operando queste «per conto loro, indifferenti alla realtà storica, proprio perché aspirano a tradursi in una nuova realtà» (cfr. SATTA S., *Passato e avvenire della Cassazione, op. cit.*, p. 947).

<sup>42</sup> Il decreto del 27 novembre – 1° dicembre 1790, il cui testo è riportato dal Tarbè (v. TARBÈ DES SABLONS A.P., *Cour de cassation. Lois et règlements, op. cit.*, §517, p. 241 consultabile altresì sul sito internet: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f255.image>), è il risultato di lunghe discussioni assembleari, iniziate con la seduta del 20 ottobre 1789 nella quale veniva disposto che «le Conseil du roi sera autorisé à continuer provisoirement ses fonctions, comme par le passé, à l'exception des arrêts de propre mouvement, ainsi que ceux portant évocation et retention de fonds, lesquels ne pourront plus avoir lieu, à dater de ce jour» (cfr. *Gazette Nationale, ou Le moniteur universel*, n. 75 del 15-20 ottobre 1789, in *Gazette Nationale, ou Le moniteur universel*, vol. Maggio - Dicembre 1789, p. 308, consultabile al sito internet: <https://archive.org/stream/gazettenationale1789pand#page/308/mode/1up>) confluirono nel disegno di legge del 12 agosto 1790 «*Suite de la discussion sur l'Organisation de l'Ordre Judiciaire – Du Tribunal de Cassation*» (cfr. *Gazette Nationale, ou Le moniteur universel*, n. 225 del 13 agosto 1790, in *Gazette Nationale, ou Le moniteur universel*, vol. Luglio - Dicembre 1790, p. 930, consultabile al sito internet: <https://archive.org/stream/gazettenationale1790pand#page/930/mode/1up>) presentato all'Assemblea Nazionale nella seduta del 25 ottobre 1790 al titolo "*Tribunal de cassation*" (cfr. *Gazette Nationale, ou Le moniteur universel*, n. 299 del 26 ottobre 1790, in *Gazette Nationale, ou Le moniteur universel*, vol. Luglio - Dicembre 1790, p. 1239, consultabile al sito internet: <https://archive.org/stream/gazettenationale1790pand#page/1239/mode/1up>) e a più riprese modificato nelle

Da un lato, la personificazione e l'onnipotenza che i legislatori rivoluzionari avevano attribuito alla Legge, sulla scorta inconsapevole<sup>43</sup> di quelle che erano le dottrine illuministiche di ROUSSEAU, comportarono l'idea di un sistema legicentrico del tutto autosufficiente, l'utopia di una Legge perfetta capace di «informare interamente la realtà senza intermediazione di alcuno»<sup>44</sup>.

Dall'altro, il principio della separazione dei poteri, auspicato – come noto – da MONTESQUIEU, imponeva una rigida divisione tra i poteri dello Stato al fine di mantenere tra essi un equilibrio evitando, tramite un reciproco controllo, la prevaricazione dell'uno sull'altro.

Dal connubio di tali ideologiche premesse risulta evidente quale fosse la funzione che i costituenti francesi vollero attribuire al *Tribunal de cassation*: la Legge, non avendo necessità di interpretazione alcuna, doveva semplicemente essere tutelata rispetto alla mancata applicazione da parte del giudice il quale, in virtù del principio della separazione dei poteri, non poteva esercitare alcuna attività creativa del diritto, essendo questa di stretta competenza del potere legislativo. Era infatti evidente che, essendo la Legge perfetta ed autosufficiente nella sua formulazione, al giudice non spettasse che applicarla al caso concreto così come gli veniva offerta dal legislatore verificandosi, in caso contrario, non già un errore nell'applicazione della norma, situazione impossibile essendo la stessa autoreferenziale, ma un abuso, una volontaria intromissione del potere giudiziario nel campo di attività riservato a quello legislativo<sup>45</sup>.

---

sedute del 10, 11, 17, 18 e 21 novembre 1790 (cfr. *Gazette Nationale, ou Le moniteur universel*, rispettivamente p. 1306 [<https://archive.org/stream/gazettenationale1790panc#page/1306/mode/1up>], p. 1307 [<https://archive.org/stream/gazettenationale1790panc#page/1307/mode/1up>], p. 1333 - 1341 per le sedute del 17 e 18 nov. 1790 [<https://archive.org/stream/gazettenationale1790panc#page/1333/mode/1up> - <https://archive.org/stream/gazettenationale1790panc#page/1341/mode/1up>] ed infine, per la seduta del 20 novembre 1790 v. p. 1343 [<https://archive.org/stream/gazettenationale1790panc#page/1343/mode/1up>]. Al decreto 27 novembre – 1° dicembre 1790, rubricato “*Décret portant institution d'un Tribunal de cassation, et réglant sa composition, son organisation et ses attributions*” si farà successivamente riferimento nella forma di “Decreto istitutivo”.

<sup>43</sup> In questo senso il rapporto tra Illuminismo e Rivoluzione; si tratta invero di una correlazione che, se a posteriori individuata in termini certi e precisi, fu volontariamente attuata solo unilateralmente. Va detto infatti che gli illuministi, pur avendo per diversi aspetti anticipato molti dei temi centrali della politica rivoluzionaria, non avevano previsto la lotta armata, rispetto alla quale, molti di loro – ed in particolare Rousseau – erano profondamente avversi. Furono infatti i rivoluzionari ad avvalersi della cultura illuministica, ponendola come base di riferimento per la costruzione di un nuovo impianto statuale e sociale (cfr. PADOA SCHIOPPA A., *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 429 ss).

<sup>44</sup> Cfr. SATTA S., *Passato e avvenire della Cassazione*, op. cit., p. 948, altresì in SATTA S. – PUNZI C., *Diritto processuale civile*, appendice di aggiornamento alle XIII ed., Cedam, Padova, 2007, p. 39.

<sup>45</sup> Il rilievo dell'elemento volontaristico, ossia del maggior peso che, nel sindacato in cassazione, veniva attribuito all'intenzione del giudice nella violazione della legge rispetto alla conformità, in termini di

Occorreva quindi l'istituzione di un organo di controllo, di una «*sentielle établie pour le maintien des lois*»<sup>46</sup> che però, s'intende, non poteva essere che estraneo all'ordine giudiziario. Come rileva giustamente SATTA, il concetto dominante posto alla base dell'istituzione dell'organo era infatti quello di «custodire la legge, e quindi sorvegliare il potere giudiziario, non farne parte, annullare le sentenze, non giudicare»<sup>47</sup>.

Una volta individuato, nell' "orrore del giudizio"<sup>48</sup>, una delle ragioni – se non la principale – dell'istituzione del *Tribunal de cassation*, si possono agilmente intendere le norme positive regolatrici il suo funzionamento: l'organo, essendo istituito *auprès du Corps législatif*<sup>49</sup>, non poteva giudicare in alcun modo la controversia, né direttamente, scendendo nella cognizione del merito, né indirettamente, influenzando la decisione del giudice di rinvio.

Per quanto concerne il primo profilo, al *Tribunal* era infatti preclusa, ai sensi del terzo comma dell'art. 3 del Decreto istitutivo, la possibilità di conoscere del *fond des affaires*<sup>50</sup>

---

legittimità, della sentenza al testo normativo s'intende soprattutto con riferimento alla disciplina dello *ius superveniens*: con l'*arrêt* del 13 brumaio anno IX, il *Tribunal de cassation* ritenne infatti che la propria censura «dovesse comprendere soltanto le contravvenzioni alle leggi esistenti al momento della pronuncia» (così, CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §161, p. 428), tale soluzione, continua CALAMANDREI, «derivava manifestamente dal considerare nella sentenza piuttosto l'elemento intenzionale imputabile al giudice che la materiale discrepanza fra la sentenza e il diritto obiettivo: se la sentenza del giudice di merito non corrispondeva a una legge emanata dopo la pronuncia della sentenza, non si poteva riscontrare in ciò nessuna offesa al potere legislativo, perché il giudice si era trovato nella impossibilità di osservare una legge che ancora non conosceva; quindi non essendovi offesa contro il potere legislativo, non c'era bisogno dell'intervento del Trib. di cassazione».

<sup>46</sup> In questi termini il *Tribunal de cassation* venne definito da PRIEUR, nel suo intervento alla seduta del 10 novembre 1790, pubblicato sulla *Gazette Nationale* del 12 novembre 1790, n. 316 (cfr. *Gazette Nationale, ou Le moniteur universel*, n. 316 del 12 novembre 1790, in *Gazette Nationale, ou Le moniteur universel*, vol. Luglio - Dicembre 1790, p. 1306 consultabile online alla pagina web: <https://archive.org/stream/gazettenationale1790pand#page/1306/mode/1up>).

<sup>47</sup> Cfr. SATTA S., *Passato e avvenire della Cassazione*, op. cit., p. 949.

<sup>48</sup> Espressione utilizzata da SATTA per indicare quello che si configurava come il maggior timore dei legislatori rivoluzionari che però, secondo l'a., non aveva invero riscontro pratico nella realtà: «Noi non siamo in grado di dire quanto siffatta preoccupazione rispondesse all'attuale realtà: è molto probabile che non avesse alcuna rispondenza, né oggettiva né soggettiva, e cioè che nessun giudice pensasse davvero in quel tempo di farsi legislatore. Più facile è se mai pensare che i legislatori rivoluzionari sentissero più o meno oscuramente che la legge vive nel giudice che la applica, e volessero premunirsi contro l'imminente pericolo del giudizio; più giusto ancora ritenere che il ricordo storico [lotta tra il sovrano e i parlamenti nell'*ancien régime*, nda] fosse il veicolo per il quale si facesse strada l'esigenza del rispetto della Legge come tale, della Legge che esiste per sé stessa, come un'assoluta realtà, conoscibile *a priori* e conosciuta.» cfr. SATTA S., *Passato e avvenire della Cassazione*, op. cit., p. 948.

<sup>49</sup> Art. 1 del Decreto istitutivo: «*Il y aura un Tribunal de cassation établi auprès du Corps législatif*», cfr. TARBÈ DES SABLONS A.P., *Cour de cassation. Lois et règlements*, op. cit., §518, p. 241 consultabile altresì sul sito internet: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f255.image>

<sup>50</sup> Art. 3.3 del Decreto istitutivo: «*Sous aucun prétexte et en aucun cas, le Tribunal ne pourra connaître du fond des affaires. Après avoir cassé les procédures ou le jugement, il renverra le fond des affaires aux tribunaux qui devront en connaître, ainsi qu'il sera fixé ci-après*», cfr. TARBÈ DES SABLONS A.P., *Cour de*



che era già stato deciso, *en dernier ressort*<sup>51</sup>, dal giudice di seconde cure. Va infatti rilevato come, nel periodo storico in esame, in materia civile non esistessero vere e proprie corti di appello: il doppio grado di giurisdizione, decretato dall'Assemblea nazionale nella seduta del 1° maggio 1790<sup>52</sup>, era infatti garantito dal tribunale limitrofo a quello che aveva emesso la prima decisione<sup>53</sup>, il quale decideva nuovamente sul caso in via definitiva e quindi “in ultima istanza”.

Nonostante l'espresso divieto di accesso al merito, il *Tribunal de cassation* avrebbe invero potuto statuire surrettiziamente sulla controversia resolvendo positivamente la questione di diritto. S'intende infatti come, pur non essendo vincolato alla decisione del *Tribunal*, il giudice di rinvio, per timore di una nuova cassazione, avrebbe potuto essere indotto a risolvere la controversia secondo le eventuali indicazioni, in diritto, poste dall'organo di cassazione. Ebbene, tale ipotesi non sfuggì alle menti dei legislatori rivoluzionari che provvidero, ai sensi dell'art. 17 del Decreto istitutivo, a limitare la pronuncia del *Tribunal* alla sola indicazione, nel dispositivo, de «*le texte de la loi ou des lois sur lesquelles la décision sera appuyée*»<sup>54</sup> senza necessità alcuna di motivazione<sup>55</sup> evitando così una possibile indiretta intromissione nel merito della controversia.

---

*cassation. Lois et règlements, op. cit.*, §520, p. 242 consultabile altresì sul sito internet: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f256.image>.

<sup>51</sup> Art. 2 del Decreto istitutivo: “*Les fonctions du Tribunal de cassation seront de prononcer sur toutes les demandes en cassation contre les jugements rendus en dernier ressort (...)*”, cfr. TARBÈ DES SABLONS A.P., *Cour de cassation. Lois et règlements, op. cit.*, §519, p. 241 consultabile altresì sul sito internet: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f255.image>.

<sup>52</sup> Ove fu decretato dal Presidente M. l'Abbé Gouttes: «*L'Assemblée nationale décrète qu'il y aura deux degrés de juridiction en matière civile*» cfr. MAVIDAL J. – LAURENT È. (a cura di), *Archives parlementaires de 1787 à 1860: recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises. Première série, 1787 à 1799. Tome XV, Du 21 avril 1790 au 30 mai 1790*, chez Dupont, Paris, 1883, p. 354, consultabile altresì online alla pagina web: <https://archive.org/stream/archivesparlemen15pariuoft#page/354/mode/1up>

<sup>53</sup> Art. 1, Titolo V, *Des juges d'appel*, Decreto 16 – 24 agosto 1790, *Décret sur l'organisation judiciaire*: “*Les juges de district seront juges d'appel les uns à l'égard des autres, selon les rapports qui vont être déterminés dans les articles suivants*”, cfr. in MAVIDAL J. – LAURENT È. (a cura di), *Archives parlementaires de 1787 à 1860: recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises. Première série, 1787 à 1799. Tome XVIII, Du 12 août 1790 au 15 septembre 1790*, chez Dupont, Paris, 1884, p. 107, consultabile altresì online alla pagina web: <https://archive.org/stream/archivesparlemen18pariuoft#page/107/mode/1up>. Tale reciproco sistema di appellazione perdurò invero sino alla legge sull'organizzazione dei tribunali del 27 ventoso anno VIII (18 marzo 1800) che istituì appositi tribunali di secondo grado che successivamente presero il nome di *Cours d'appel* [cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §156, p. 418].

<sup>54</sup> Art. 17 del Decreto istitutivo: “*L'intitulé du jugement de cassation portera toujours, avec les noms des parties, l'objet de leur demande, et le dispositif contiendra le texte de la loi ou des lois sur lesquelles la décision sera appuyée*”, cfr. TARBÈ DES SABLONS A.P., *Cour de cassation. Lois et règlements, op. cit.*, §534, p. 244 consultabile altresì sul sito internet: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f258.image>

<sup>55</sup> Sulla base di tale rilievo, Spangher esclude la natura nomofilattica della Cassazione nonostante il fatto che la stessa, secondo l'a., «nell'intento dei legiferatori (...) doveva *maintenir l'unité de la législation et de*

Tali preclusioni, relative all'impossibilità per il *Tribunal* di pronunciarsi positivamente non solo sul fatto ma anche in diritto, non possono che essere strettamente connesse col carattere meramente negativo delle sue pronunce: il *Tribunal*, una volta accertata in sentenza una violazione di legge, non poteva riformarla o correggerla ma solo annullarla<sup>56</sup>. Con l'annullamento, s'intende, veniva a cadere l'effetto di accertamento giudiziario compiuto dal giudice di merito, creando così un vuoto nel giudizio che solo l'autorità giudiziaria aveva il potere di colmare. Ecco quindi che si presenta come necessario l'istituto del rinvio: una volta cassata la sentenza viziata, e quindi rimesso in discussione l'intero giudizio che tale decisione definiva, al *Tribunal* non spettava che rinviare la causa ad un altro giudice affinché si pronunciasse per ottenere una nuova *res iudicata*, venuta a cadere con l'annullamento.

Il preteso carattere non giurisdizionale attribuito all'organo di cassazione al fine di custodire la legge vigilando sul rispetto del principio della separazione dei poteri, si evince anche con riferimento a due ulteriori indicazioni positive, concernenti rispettivamente l'impulso di matrice pubblicistica e i vizi legittimanti il ricorso.

Per quanto concerne l'impulso, è evidente l'influenza che i postulati filosofici del nuovo ordinamento ebbero sul disposto dell'art. 25 del Decreto istitutivo<sup>57</sup> che attribuiva al *commissaire du roi* – figura corrispondente all'attuale procuratore generale – la facoltà di richiedere al *Tribunal* la *cassation dans l'intérêt de la loi* di una sentenza emessa in ultima istanza in diretto contrasto con la legge o con le forme di procedura. A prescindere dalla formula che, a differenza di quella relativa al ricorso del privato, come si avrà modo di vedere, individua come “diretta” invece che “espressa” la contravvenzione e la rivolge, invece che con specifico riguardo al “*texte de la loi*”, con più generale riferimento “aux

---

*prevenir la diversité de jurisprudence*» cfr. SPANGHER G., *Trattato di procedura penale*. Vol. V. *Impugnazioni*, Utet, Torino, 2009, p. 629-630.

<sup>56</sup> Art. 3.1 del Decreto istitutivo: “*Il annulera toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi*”, cfr. TARBÈ DES SABLONS A.P., *Cour de cassation. Lois et règlements*, op. cit., §520, p. 242 consultabile altresì sul sito internet: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f256.image>

<sup>57</sup> Art. 25, Decreto istitutivo: “*Si le commissaire du roi auprès du Tribunal de cassation apprend qu'il ait été rendu un jugement en dernier ressort directement contraire aux lois ou aux formes de procéder et contre lequel cependant aucune des parties n'aurait réclamé dans le délai fixé, après ce délai expiré, il en donnera connaissance au Tribunal de cassation; et s'il est prouvé que les formes ou les lois ont été violées, le jugement sera cassé, sans que les parties puissent s'en prévaloir pour éluder les dispositions de ce jugement, lequel vaudra transaction pour elles*”, cfr. TARBÈ DES SABLONS A.P., *Cour de cassation. Lois et règlements*, op. cit., §542, p. 245-246 consultabile altresì sul sito internet: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f259.image>. Sull'interpretazione e l'ambito di applicazione dell'art. 25 del decreto istitutivo, si v. ODORISIO E., cit., pp. 31 e ss.



*lois*”, ci si deve soffermare sulla *ratio* della disposizione, che trova manforte nel disposto dell’art. 27, Cap. V, della Costituzione del 3-14 settembre 1791, il quale attribuisce al Ministro di Giustizia – che agiva *par la voie du commissaire du roi* – la facoltà di denunciare un *excès de pouvoir* richiedendo al *Tribunal de cassation* di annullare «*les actes par lesquels les juges auraient excédé les bornes de leur pouvoir*»<sup>58</sup>.

Si è già avuto modo di sottolineare come l’utopistica pretesa di onnipotenza della Legge non poteva che comportare violazioni esclusivamente *volontarie* alla stessa da parte dei giudici che, in quanto meri funzionari, dovevano semplicemente applicarla al caso concreto così come gli veniva offerta dal legislatore. Essendo preminente, nell’interesse del legislatore rivoluzionario, reprimere tale volontaria incursione del potere giudiziario in quello legislativo, assicurando così il principio della separazione dei poteri, al *Tribunal de cassation* doveva essere attribuito il compito di custodire la legge vigilando affinché il giudice – *bouche de la loi* – non esorbitasse nelle sue attribuzioni, violando la legge nell’unico momento a lui propizio, ossia in quello in cui «egli parla in nome della legge, cioè nel momento in cui giudica»<sup>59</sup>.

In questo contesto l’interesse alla repressione circa le violazioni di legge assume indiscutibili rilievi pubblicistici tesi, in ultima analisi, al mantenimento della divisione dei poteri, ed è proprio per questo motivo che viene *comunque* garantito, nonostante l’inerzia dei privati, dall’azione del *commissaire du roi* che, in tal senso, svolge una funzione di «nomofilachia e di sorveglianza sul buon andamento dei tribunali»<sup>60</sup>. Da CALAMANDREI, l’istituto della cassazione nell’interesse della legge viene altresì a rappresentare la prova del carattere non giurisdizionale dell’organo di cassazione: egli rileva infatti come «non si

---

<sup>58</sup> Art. 27.1, cap. V, cost. 3-14 sett. 1791: “*Le ministre de la justice dénoncera au tribunal de cassation, par la voie du commissaire du roi, et sans préjudice du droit des parties intéressées, les actes par lesquels les juges auraient excédé les bornes de leur pouvoir*” in MAVIDAL J. – LAURENT È. (a cura di), *Archives parlementaires de 1787 à 1860: recueil complet des débats législatifs, Tome XXX, op cit.*, p. 166, consultabile online: <https://archive.org/stream/archivesparlemen30pariuoft#page/166/mode/1up>.

<sup>59</sup> Cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §160, p. 423. CALAMANDREI afferma infatti che «tale antagonismo [fra le affermazioni poste dal giudice nella sentenza e un articolo di legge] non doveva essere meramente accademico, e derivare da un’erronea argomentazione in astratto posta dal giudice nella motivazione che non avesse poi conseguenze pratiche sul dispositivo. La *contravention* che il Tr. di cass. voleva reprimere non era già l’argomentazione dottrinarica che il giudice avesse esposto (...) nei motivi della sentenza, ma l’abuso di quel potere di decisione in concreto, in forza del quale il giudice poteva dar forza di *lex specialis* a una conclusione contraria alla legge. Finché dunque il giudice si limitava a contravvenire alla legge con i ragionamenti, il Tr. di cass. rimaneva inerte; interveniva invece quando questi vizi di ragionamento portavano conseguenze sulla conclusione, cioè sull’atto di volontà, sul *comando* nel quale si riassume la funzione giurisdizionale» [Cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §160, p. 424, nota 26].

<sup>60</sup> *Ivi*, §168, p. 439.

po[ssa] certo dire che il Tr. di cass., quando cassava nell'interesse della legge, compiesse un atto di giurisdizione» poiché, non sortendo tale annullamento alcun effetto per le parti, «la cassazione, anziché come un diritto spettante [a queste], veniva concepita così come una funzione appartenente al Tr. di cass., il quale la esercitava *ex iure proprio*, senza alcuna sostituzione di attività»<sup>61</sup> caratterizzandosi così come organo di controllo amministrativo.

Per quanto invece concerne i motivi legittimanti il ricorso, il principio della separazione dei poteri e l'utopia della Legge si manifestarono, più che nella *ratio*, nel testo stesso del primo comma dell'art. 3 del Decreto istitutivo il quale fa esplicito riferimento alla "*contravention expresse au texte de la loi*"<sup>62</sup>.

Il rispetto circa il principio della separazione dei poteri, e quindi ciò che si è definito "orrore del giudizio", si evince dalla qualificazione stessa del vizio come *error in iudicando*. Si è già avuto modo di sottolineare come il giudice non potesse invadere il campo di attività riservato al legislatore se non nel momento del giudizio, ossia nel momento in cui pronuncia la legge, ma ciò, si è detto, discende dall'idealistica pretesa di autosufficienza della Legge rispetto alla quale il disposto in esame non ne rappresenta che una incarnazione. L'utopia circa l'assoluta autoreferenzialità della Legge è infatti evidente dall'estrema rigidità della formulazione che limita l'ufficio del *Tribunal de cassation* alla violazione *espressa* – o manifesta – rispetto al *testo* della legge.

Nulla ha a che sorprendersi PESCATORE affermando ironicamente «Povere cassazioni! Avevano un bell'aspettare le contravvenzioni che fossero *manifeste*, e che fossero dirette contro il *testo espresso* della legge»<sup>63</sup>. Se infatti si tiene presente l'estrema convinzione con cui le dottrine rivoluzionarie asserivano la perfezione della Legge, è chiaro come i giudici non potevano errare, in astratto, nella sua interpretazione o, in concreto, nella sua applicazione ma potevano solo dichiararne intenzionalmente l'inesistenza oppure, al contrario, ritenere esistente una legge che in realtà non esisteva.

In altre parole, la possibilità, per il *Tribunal de cassation*, di intervenire solo qualora la sentenza fosse stata resa in manifesto contrasto con la lettera della legge comportava precise limitazioni al sindacato degli *errores in iudicando* non solo nella premessa minore, ma anche in quella maggiore.

---

<sup>61</sup> *Ivi*, §169, p. 440-441.

<sup>62</sup> v. *retro*, nota 55.

<sup>63</sup> Cfr. PESCATORE M., *Filosofia e dottrine giuridiche*, vol. I, Fratelli Bocca, Torino, 1881, Capo XX, *Delle varie fasi, in cui si andò successivamente ampliando la competenza delle corti di cassazione*, p. 442.

Per quanto riguarda la premessa minore, ogni errore ad essa relativo, che fosse *in iure* o *in facto*, era escluso dal sindacato del *Tribunal* non solo per l'espresso divieto per questo di conoscere del merito della controversia, ma anche con riferimento alla formula ora in esame che, nel qualificare come "espressa" la contravvenzione e nell'individuare, quale termine di paragone, il "testo" della "legge", esclude *ogni sorta* di giudizio singolare e concreto operato dal giudice dall'ambito di cognizione del *Tribunal de cassation*.

Ciò che infatti premeva censurare era la possibilità per il giudice di usurpare le funzioni specificatamente attribuite al legislatore e quindi la possibilità di pronunciare un comando generale ed astratto<sup>64</sup>. Si pensi ad esempio al caso in cui la sentenza, resa in ultima istanza, avesse dichiarato la nullità del contratto stipulato tra A e B, qualificandolo come contratto di vendita di cosa futura nella forma di *emptio rei speratae* invece di qualificarlo come contratto di appalto. Nulla rileverebbe l'errore del giudice nella qualificazione giuridica del fatto: le ulteriori conseguenze di tale qualificazione – si pensi ai termini di decadenza e prescrizione ovvero al diverso regime risarcitorio – ledono certo la parte che abbia subito da tale qualificazione un danno ma non l'interesse del legislatore a veder rispettata la lettera del proprio comando. Se la norma prevede che, nella vendita di cose future, qualora le parti non abbiano voluto concludere un contratto aleatorio, la stessa debba ritenersi nulla se la

---

<sup>64</sup> Nella dottrina relativa all'*error expressus*, CALAMANDREI si domanda in quale misura e in quale forma l'errore debba risultare espresso nella sentenza: «Si è visto, per esempio, che l'errore di diritto rende nulla la sentenza solo quando è errore sulla esistenza o sul contenuto di una legge chiara, non quando è errore sulla determinazione dei caratteri giuridici della fattispecie concreta: ora, per poter dire che una sentenza rientra nel primo caso e non nel secondo, occorrerà che il giudice nella sua motivazione esprima un giudizio di diritto *generale ed astratto* che, messo poi a paragone con la norma, si dimostri erroneo, o basterà che il giudice esprima nei motivi un *giudizio singolo* relativo alla fattispecie controversa, dal quale si possa però dedurre che egli ha nella sua mente formulato un giudizio generale ed astratto che contrasta colla norma di legge? Occorrerà, in altre parole, ch'egli affermi come verità generale un principio contrario ad altro principio di diritto o di ragione, o basterà che egli ponga come verità particolare una affermazione che è inconciliabile con un principio di diritto o di ragione? In verità la dottrina, non molto chiara su questo punto, pare piuttosto proclive a restringere il concetto di *error expressus* e ad esigere che l'errore, per produrre il suo effetto, debba essere espresso in modo generale ed astratto» (cfr. CALAMANDREI P., *La teoria dell'"error in iudicando" nel diritto italiano intermedio*, in CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VIII*, Morano, Napoli, 1979, §45, p. 209). Nel caso ora esaminato, s'intende come l'errore espresso debba necessariamente essere generale ed astratto, dovendo costituirsi, per rilevare nel sindacato di legittimità, in termini dimetricamente opposti rispetto alla legge, distruggendosi a vicenda: ora, a dimesso parere di chi scrive, perché *le jugement* e *la loi* siano *en opposition diamétrale et se détruisent respectivement* [cfr. Henrion, *Autorité judiciaire*, in CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §161, p. 426, nota 31] devono necessariamente divergere solo per il segno risultando, per il resto, perfettamente identici. Essendo, la legge, un comando generale ed astratto, anche il giudizio espresso in sentenza deve risolversi in un comando generale ed astratto, con l'unica differenza di porsi in termini assolutamente antitetici rispetto al primo, ad esempio: se la legge prescrive che "il contratto di vendita si risolve per inadempimento", la sentenza del giudice, per essere censurata in cassazione, deve asserire che "il contratto di vendita *non* si risolve per inadempimento".

cosa non viene ad esistenza, il giudice che dichiara la nullità di un contratto qualificandolo come vendita di cosa futura nella forma di *emptio rei speratae* non contravviene, in astratto, al testo della legge – pronunciando un comando suscettibile di essere applicato ad una generalità di casi – ma s’inganna nella sua applicazione in concreto, vizio irrilevante nel sindacato di cassazione.

Esclusi quindi tutti gli errori di giudizio che il giudice può compiere nella premessa minore, in quanto giudizi singolari e concreti, e per ciò stesso impassibili di essere applicati alla generalità dei casi, occorre ora soffermarsi sui limiti di sindacabilità che il *Tribunal* vede con riferimento agli *errores in iudicando* relativi alla premessa maggiore.

Se si tenesse in considerazione solo la suscettibilità del comando pronunciato dal giudice in sentenza a regolare una pluralità di casi, si dovrebbe invero censurare ogni errore di diritto in astratto e quindi ogni errore di giudizio che il giudice compie nella premessa maggiore. Così non è. Il riferimento infatti al “testo” della legge comporta l’annullabilità della sentenza solo quando dalla lettura della stessa risulti affermata dal giudice l’esistenza di una legge inesistente oppure l’inesistenza di una legge esistente.

Non si configurava quindi come vizio legittimante il ricorso la falsa interpretazione di legge in quanto, nell’utopia di una Legge perfetta, questa non aveva alcuna necessità di essere interpretata, l’intenzione del legislatore era chiara ed evidente dal testo della legge poiché, per citare CALAMANDREI, «la legge deve bastare a tutto, e il diritto è tutto nella legge, cioè nel comando emanato dal potere legislativo, non si ammette cassazione se non quando il giudice si sia posto in contrasto con il legislatore, che materialmente si impersona nel testo delle leggi emanate da lui. Purché la sentenza del giudice rispetti il legislatore, ossia non offenda, in modo diretto e specifico, l’*articolo* che porta il suo suggello, gli altri errori di diritto ch’essa eventualmente possa contenere lasciano indifferente il Tribunale di cassazione»<sup>65</sup>.

#### 4.2. (segue) *E le incongruenze nell’impostazione pratica*

Fin qui si è cercato di rendere conto dell’influenza che i postulati filosofici del nuovo ordinamento rivoluzionario operarono con riguardo alla disciplina positiva del *Tribunal de cassation* ed in particolar modo con riferimento al principio della separazione dei poteri

---

<sup>65</sup> Cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §161, p. 428.

che, in un contesto di utopistica idealizzazione della Legge, faceva dell'organo in questione un'«arma della legge puntata contro il giudice»<sup>66</sup>. Tralasciando ora gli eventuali profili politici della questione, occorre procedere all'analisi di quelle norme del decreto istitutivo e dell'ordinamento giudiziario che non solo non corrisposero al modello astrattamente costruito nelle menti dei legislatori rivoluzionari, ma che si posero in netto contrasto con le stesse ideologiche premesse di cui questi si facevano portavoce<sup>67</sup>.

Occorre infatti osservare come il modello “puro” di Cassazione, costruito sulle fondamenta dialettiche del principio della separazione dei poteri e dell'utopia di una Legge perfetta, mostrasse invero, già nella sua pratica traduzione in norma positiva, profili di incoerenza se non di vera e propria contraddizione che rivelano, da un lato, l'ipocrisia intrinsecamente qualificante le stesse premesse ideologiche e, dall'altro, l'infondatezza circa il preteso carattere non giurisdizionale dell'organo di cassazione.

#### 4.2.1. *L'intrinseca ipocrisia delle premesse ideologiche*

Per quanto concerne le premesse ideologiche, l'ipocrisia dei legislatori rivoluzionari non può che evincersi che nella disciplina del *référé législatif*<sup>68</sup> la quale, nell'impedire al

---

<sup>66</sup> Cfr. SPANGHER G., *Trattato di procedura penale*, op. cit., p. 628.

<sup>67</sup> Di ciò è lo stesso CALAMANDREI a farsi portavoce rilevando come «se i legislatori della Rivoluzione avessero potuto in realtà, come essi utopisticamente pretendevano, creare *ex novo* gli organi del nuovo ordinamento, dimenticando interamente le concezioni giuridiche del passato, avremmo forse trovato una perfetta corrispondenza tra la loro concezione astratta della Cassazione e la pratica attuazione di essa nei testi di legge usciti dall'Assemblea. Ma poiché tale assoluta astrazione dalla realtà storica non è che una utopia, dobbiamo accorgerci che, già in questo primo Decreto fondamentale, non tutte le norme che regolano la Cassazione sembrano in armonia con quelle idee che abbiamo trovate esposte con tanta enfasi dagli oratori della Rivoluzione: noi vediamo, cioè, che mentre alcune disposizioni corrispondono perfettamente a quel tipo “puro” di organo di cassazione che i riformatori vagheggiavano, altre disposizioni già sembrano iniziare un movimento di trasformazione e di evoluzione da questo tipo originario verso un istituto di natura diversa e più complessa» [cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI*, op. cit., §157, p. 420].

<sup>68</sup> Per un'analisi storico-giuridica approfondita sul tema, v. ALVAZZI DEL FRATE P., *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Giappichelli, Torino, 2005. Qui solo alcuni accenni: l'istituto del *référé législatif*, ossia del “riferimento al legislatore” era invero già conosciuto nell'*ancien régime* ove il sovrano, al fine di unificare e razionalizzare l'ordinamento giuridico, tentò di reprimere l'autorità dei Parlamenti interdiciendo loro – come si è già avuto modo di osservare – l'interpretazione della normativa regia attraverso la previsione di cui agli artt. 3 e 7, titolo I dell'*Ordonnance civile* del 1667 che disciplinavano, rispettivamente, il *référé facultatif* e il *référé obligatoire*. Le due forme di *référé législatif* divergevano tra loro solo per la discrezionalità in capo al giudice, nel *référé facultatif*, della sospensione del processo e della necessità della interpretazione, sotto quest'ultimo profilo occorre ricordare che il giudice era obbligato a riferirsi al legislatore solo quando lo necessitava, quindi solo quando riconoscesse la necessità dell'interpretazione [cfr. ALVAZZI DEL FRATE P., *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, op. cit., p. 3 ss.]. Con l'instaurazione del nuovo ordinamento rivoluzionario i due istituti vennero mantenuti anche se con alcune differenze: il *référé facultatif*, secondo CALAMANDREI, «veniva a offrire ai giudici una via per trarsi d'impaccio tutte le volte che

giudice ogni sorta di interpretazione della legge e nell'obbligarlo ad interpellare il legislatore ogniqualvolta incontrasse un dubbio interpretativo od una lacuna normativa, rivela da un lato, l'incoerenza con cui viene affermata l'autoreferenzialità della Legge e, dall'altro, la parzialità con cui viene asserito il principio della separazione dei poteri.

In un sistema legicentrico del tutto autosufficiente non dovrebbe – in teoria – trovare spazio alcuno un istituto come il *référé législatif* che trova il proprio presupposto appunto nell'imperfezione della legge. Tale incoerenza è rilevata anche dallo stesso CALAMANDREI secondo cui l'art. 12, Titolo II del Decreto 16 - 24 agosto 1790<sup>69</sup>, nel prevedere che i giudici potessero rivolgersi al legislatore per ottenere un'interpretazione autentica “*toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle*”, «dimostra che in fondo neppure i riformatori erano assolutamente sicuri della chiarezza e della completezza della loro codificazione»<sup>70</sup>. D'altra parte, l'intrinseca contraddizione dell'istituto del *référé* è a sua volta la risultante di una concezione teorica errata *ab origine*: si deve infatti ammettere come sia lo stesso divieto di interpretazione, rispetto al quale l'istituto del *référé* trova la propria legittimazione<sup>71</sup>, a non trovare alcun riscontro che non

---

essi non riuscissero a trovare nel diritto positivo una norma che potesse letteralmente adattarsi alla fattispecie da decidere» [cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §151, p. 407] assicurando quindi un controllo *preventivo* circa il rispetto della separazione dei poteri che imponeva al giudice di attenersi, nelle proprie pronunce, al testo espresso della legge; il *référé obligatoire* assunse invero una qualificazione molto diversa rispetto alla disciplina dell'*ancien régime* in quanto si configurava quale strumento necessariamente legato all'istituzione dello stesso *Tribunal de cassation* essendo istituito atto a risolvere i conflitti interpretativi tra l'organo di cassazione e il giudice del rinvio, a differenza del *référé facultatif* che comunque mantenne il proprio presupposto nella individuazione di un dubbio interpretativo o di una lacuna normativa da parte dei tribunali ordinari.

<sup>69</sup> Art. 12, Titolo II, Decreto 16-24 agosto 1790: “*Ils [les juges] ne pourront point faire de règlements; mais ils s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle*”. Al Decreto 16-24 agosto 1790, rubricato *Décret sur l'organisation judiciaire*, si farà successivamente riferimento nella forma abbreviata: “*decr. org. giud.*”. Per prendere visione del testo del decreto v. MAVIDAL J. – LAURENT È. (a cura di), *Archives parlementaires de 1787 à 1860: recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises. Première série, 1787 à 1799. Tome XVIII, Du 12 août 1790 au 15 septembre 1790*, chez Dupont, Paris, 1884, p. 104, consultabile altresì online alla pagina web: <https://archive.org/stream/archivesparlemen18pariuoft#page/104/mode/1up>

<sup>70</sup> Cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §151, p. 407, in senso conforme, le affermazioni del SATTA: «D'altra parte, l'introduzione del *référé*, come strumento offerto al giudice per sottoporre al Corpo legislativo tutti i casi in cui ritenesse necessari chiarimenti sia in ordine alla interpretazione di una norma sia in ordine alla esistenza o meno di una regola da applicare al caso oggetto del giudizio, già dimostra che gli stessi costituenti francesi non erano sicuri dell'onnipotenza e della chiarezza delle leggi ed avvertivano che l'applicazione della legge, pur tanto perfetta, era un fatto tutt'altro che meccanico» cfr. SATTA S. – PUNZI C., *Diritto processuale civile*, appendice di aggiornamento alle XIII ed., *op. cit.*, p. 40.

<sup>71</sup> Il *référé législatif*, come disciplinato dall'art. 12, tit. II, *decr. org. giud.*, trova infatti la propria legittimazione negli artt. 10 e 11, tit. II, *decr. org. giud.* che impediscono ai tribunali di esercitare, direttamente o indirettamente, il potere legislativo [v. MAVIDAL J. – LAURENT È. (a cura di), *Archives parlementaires de 1787 à 1860: recueil complet des débats législatifs, Tome XVIII, op. cit.*, p. 105 <https://archive.org/stream/archivesparlemen18pariuoft#page/105/mode/1up>]. Nell'*ancien régime*, il divieto

esuli dal mero razionalismo astratto, ossia dall'idea che «la norma, qual'essa è, sia senz'altro tutta se stessa immediatamente, così che l'applicazione del diritto sarebbe un giuoco autonomo»<sup>72</sup>.

Da tale impostazione, che SATTA definisce come «l'orgoglio del legislatore illuminista»<sup>73</sup>, deriva infatti il consequenziale timore per cui «una volta formulate leggi così perfette, che rappresentano il trionfo della rivoluzione e l'inizio dei tempi illuminati, non venga frapposto un ostacolo alla loro applicazione»<sup>74</sup>. Ebbene, è proprio in questo dato, ossia nell'inscindibilità tra l'affermazione dell'onnipotenza della legge e la negazione circa qualsivoglia problema sulla sua applicazione, che legittima il divieto di interpretazione della legge. Non occorre sottolineare l'impossibilità di tradurre tale ideologica – e surreale – impostazione teorica a livello positivo senza incorrere in alcuna contraddizione od ipocrisia; del resto, come afferma PICARDI, «la verità è che non è possibile vietare o limitare l'interpretazione giudiziale: essa finisce per la natura delle cose col debordare da qualsiasi barriera che le si voglia imporre»<sup>75</sup>.

Il *référé législatif*, oltre a mostrare i sopracitati profili di incoerenza rispetto all'asserita autoreferenzialità della Legge, comporta poi una più incisiva e rilevante violazione al principio della separazione dei poteri, rispetto al quale si fa portavoce solo in via unilaterale e in modo del tutto parziale. Fin dalle sue storiche origini, l'istituto si pone infatti come strumento di repressione circa l'eventuale attività nomopoietica surrettiziamente esercitata dai giudicanti, in una prospettiva di assoluta preminenza del potere legislativo su quello

---

di *interpretatio* e l'istituto del *référé* si identificavano l'un l'altro nell'art. 7, tit. I, dell'*Ordonnance civile* del 1667 che, secondo CALAMANDREI, «riservava espressamente (...) ogni interpretazione della legge al sovrano, cosicché, se un giudice, trovandosi dinanzi ad un'ordinanza regia di dubbio significato, presumeva di interpretarla senza consultare il re, commetteva *ipso facto*, anche se la interpretazione da lui raggiunta era sostanzialmente giusta, una contravvenzione al divieto categorico di interpretare» [cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §131, p. 346].

<sup>72</sup> Cfr. SATTA S. – PUNZI C., *Diritto processuale civile*, appendice di aggiornamento alle XIII ed., *op. cit.*, p. 39, cfr. PUNZI C., *Giudizio di fatto e giudizio di diritto. I. Premesse generali*, Giuffrè, Milano, p. 77.

<sup>73</sup> *Ibid.*, ove l'a. afferma come l'onnipotenza e sufficienza della legge esprima «l'orgoglio del legislatore illuminista, l'orgoglio della ragione, che ritiene di attraverso l'opera di codificazione di creare leggi chiare e compiute, un corpo idoneo di leggi idoneo in avvenire a risolvere in modo sicuro tutte le controversie con conseguente esclusione non solo della possibilità delle lacune, ma addirittura dell'eventualità di dubbi interpretativi».

<sup>74</sup> *Ivi*, p. 40.

<sup>75</sup> Cfr. PICARDI N., *Introduzione*, in *Code Louis, I, Ordonnance civile 1667*, Milano, Giuffrè, 1996, p. XXIX-XXX. La critica del PICARDI, pur essendo indirizzata al sistema di interpretazione autentica dell'*ancien régime* può essere fatta valere anche in questa sede. Del resto, a prescindere dall'estremismo nomopoietico a cui può essere portata l'interpretazione giudiziale non è possibile asserirne l'inevitabilità: il giudice deve necessariamente poter compiere un'attività interpretativa, anche solo al fine di applicare la norma, generale ed astratta, alla fattispecie concreta posta sotto la sua cognizione.

giudiziario; ma ciò, nell'*ancien régime*, non poteva considerarsi una violazione al principio della separazione dei poteri per il semplice fatto che il principio in questione non era ancora stato affermato.

Si è già infatti avuto modo di osservare come il sovrano legislatore, nell'interpretare autenticamente una norma in un contesto giudiziario, risolvendo – indirettamente – il merito della controversia, non esorbitasse dalle proprie attribuzioni essendo, egli stesso, fonte originaria della giurisdizione e giudice supremo di tutto il regno. In altre parole: qualora il sovrano, nell'affermare le proprie prerogative legislative, finiva col decidere nel merito la questione giudiziaria non faceva altro che ritenere a sé una funzione – quella giurisdizionale – che gli spettava *a priori* e che egli aveva semplicemente delegato ad organi a sé estranei.

Tali considerazioni non possono però egualmente riproporsi nel contesto giuridico post-rivoluzionario ove il principio della separazione dei poteri non solo veniva affermato positivamente, ma costituiva altresì il presupposto legittimante lo stesso ordinamento politico<sup>76</sup>. Il divieto di reciproca ingerenza tra il potere legislativo e quello giudiziario veniva infatti affermato, da un lato, nel disposto di cui l'art. 10, tit. II, decr. org. giud. che faceva fatto divieto per i tribunali di «*prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif*»<sup>77</sup> e, dall'altro, dalla previsione di cui all'art. 1, cap. V della Costituzione francese del 3-14 settembre 1791 che sanciva espressamente come «*Le*

---

<sup>76</sup> Art. 16, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*: “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.*” [cfr. MAVIDAL J. – LAURENT È. (a cura di), *Archives parlementaires de 1787 à 1860: recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises. Première série, 1787 à 1799. Tome XXX, Du 28 août au 17 septembre 1791*, chez Dupont, Paris, 1888, p. 152, consultabile altresì online alla pagina web: <https://archive.org/stream/archivesparlemen30pariuoft#page/152/mode/1up>]. Il principio della separazione dei poteri è evidente anche nella sistematica della Costituzione francese del 3-14 settembre 1791, nella quale i tre poteri sono rispettivamente sanciti agli artt. 3 (potere legislativo), 4 (potere esecutivo) e 5 (potere giudiziario) e disciplinati ai Capitoli III (legislativo), IV (esecutivo) e V (giudiziario), v. *Constitution française du 3 septembre 1791*, in MAVIDAL J. – LAURENT È. (a cura di), *Archives parlementaires de 1787 à 1860: recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises. Première série, 1787 à 1799. Tome XXX, Du 28 août au 17 septembre 1791*, chez Dupont, Paris, 1888, p. 151, consultabile altresì online alla pagina web: <https://archive.org/stream/archivesparlemen30pariuoft#page/151/mode/1up>.

<sup>77</sup> Art. 10, tit. II, decr. org. giud.: “*Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif sanctionnés par le roi, à peine de forfaiture*”, cfr. MAVIDAL J. – LAURENT È. (a cura di), *Archives parlementaires de 1787 à 1860: recueil complet des débats législatifs*, Tome XVIII, op cit., p. 105 <https://archive.org/stream/archivesparlemen18pariuoft#page/105/mode/1up>.



*pouvoir judiciaire ne peut, en aucun cas, être exercé par le Corps législatif, ni par le Roi*»<sup>78</sup>.

Nonostante tali asserzioni di principio, la separazione dei poteri veniva ad assumere, nella realtà pratica, profili di indiscussa parzialità a favore del Legislativo e di ciò una prova inconfutabile viene offerta appunto dal *référé législatif* che, da «istituto paradigmatico della separazione assoluta dei poteri»<sup>79</sup> veniva paradossalmente a trasformarsi in «strumento di condizionamento della giustizia da parte del legislatore»<sup>80</sup>. Ciò, s'intende, si verificava sia nel caso di *référé facultatif* sia nel caso di *référé obligatoire*, con l'unica differenza che nella prima di queste ipotesi la violazione assumeva carattere meramente potenziale. Deve infatti sottolinearsi come il carattere "facoltativo" del *référé ex art. 12, tit. II, decr. org. giud.* ponesse delle condizioni all'intervento del Corpo legislativo da identificarsi, si è già avuto modo di dire<sup>81</sup>, nell'individuazione della lacuna e nel riconoscimento circa la necessità dell'interpretazione della norma da parte del giudice il quale, una volta soddisfatte tali condizioni, aveva l'obbligo di riferirsi al Legislatore al fine di ottenere, a seconda dei casi: a) o un'interpretazione autentica di una legge già in vigore, attraverso una legge interpretativa; b) o una disposizione legislativa nuova, tendente a colmare la lacuna legislativa evidenziata dal giudice *a quo*<sup>82</sup>. In entrambi questi casi, qualora il Legislatore intervenisse in pendenza del giudizio<sup>83</sup>, il suo intervento finiva con l'assumere necessariamente il carattere di decisione giudiziaria, risolvendo nel merito il giudizio *a quo*. Ciò, s'intende, comportava un'esplicita violazione non solo al

---

<sup>78</sup> Art. 1, Cap. V, cost. 3-14 sett. 1791, cfr. MAVIDAL J. – LAURENT È. (a cura di), *Archives parlementaires de 1787 à 1860: recueil complet des débats législatifs*, Tome XXX, op. cit., p. 164, <https://archive.org/stream/archivesparlemen30pariuoft#page/164/mode/1up>.

<sup>79</sup> In questi termini lo definisce ALVAZZI DEL FRATE, cfr. ALVAZZI DEL FRATE P., *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, op. cit., p. 20.

<sup>80</sup> *Ivi*, p. 40.

<sup>81</sup> v., *retro*, nota 67.

<sup>82</sup> Cfr. ALVAZZI DEL FRATE P., *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, op. cit., p. 47.

<sup>83</sup> «È opportuno sottolineare che», scrive l'ALVAZZI DEL FRATE, «secondo l'interpretazione prevalente, il *référé facultatif*, in applicazione dell'art. 12, tit. II, legge 16-24 agosto 1790 (...) non doveva necessariamente avere origine da uno specifico procedimento giudiziario in corso. La formulazione dell'articolo presentava senza dubbio una certa ambiguità: la locuzione *tout les fois su'ils croiront nécessaire* indusse numerosi giudici a ritenere che il *référé* potesse divenire una sorta di quesito o petizione al legislatore, come era avvenuto nell'*Ancien Régime*, sulla base dell'art. 3, tit. I, dell'*Ordonnance civile* del 1667 (...). Il ricorso al *référé facultatif* negli anni 1791-1792 fu frequente, data la situazione di frammentarietà della legislazione. Inoltre, nel clima di incertezza provocato dalla Rivoluzione e nel timore di fornire un'interpretazione non corretta, o non gradita al potere politico, i giudici preferirono spesso sospendere il giudizio e attendere il responso del legislativo» cfr. ALVAZZI DEL FRATE P., *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, op. cit., p. 44.

principio della separazione dei poteri ma anche, in materia penale, ai principi di tipicità e irretroattività delle leggi.

La giustificazione addotta a fondamento di tale inconvenienza è ovviamente da ricercarsi nell'eccessivo timore con il quale il Legislatore rivoluzionario guardava all'attività interpretativa: l'interpretazione era infatti intesa come un «complesso, ampio ed eterogeneo, di attività di adattamento della norma alla fattispecie concreta, di indubbio carattere nomopoietico»<sup>84</sup>. L'interpretazione non rientrava nel campo dell'ermeneutica ma in quello della normazione che doveva necessariamente essere separato dal campo della giurisdizione; osserva infatti BERGASSE, nella relazione introduttiva al primo progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario: “*Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé si le juges jouit du dangereux privilège d’interpréter la loi ou d’ajouter à ses dispositions. Car, on aperçoit sans peine que si la loi peut être interprétée, augmentée, ou, ce qui est la même chose, appliquée au gré d’une volonté particulière, l’homme n’est plus sous la sauvegarde de la loi, mais sous la puissance de celui qui interprète ou qui l’augmente; et le pouvoir d’un homme sur un autre homme étant essentiellement ce qu’on s’est proposé de détruire par l’institution de la loi, on voit clairement que ce pouvoir au contraire acquerrait une force prodigieuse, si la faculté d’interpréter la loi était laissée à celui qui en est dépositaire*”<sup>85</sup>. Non importava quindi distinguere se l'interpretazione interdotta al giudice si esaurisse nell'interpretazione “in astratto” o coinvolgesse altresì quella “in concreto”<sup>86</sup>, ciò che veniva vietata era l'attività interpretativa in quanto tale poiché considerata rientrante nel campo della nomopoiesi e non in quello dell'ermeneutica.

Lo stesso timore legittimava altresì la *ratio* del *référé obligatoire* anche se in termini molto differenti rispetto a quella del *référé facultatif* e ciò in conseguenza del fatto che, se quest'ultimo voleva negare ogni sorta di interpretazione giudiziale, il *référé obligatoire*

---

<sup>84</sup> Ivi, p. 32.

<sup>85</sup> Seduta del 17 agosto 1789, in MAVIDAL J. – LAURENT È. (a cura di), *Archives parlementaires de 1787 à 1860: recueil complet des débats législatifs*, Tome VIII, op cit., p. 443, consultabile alla pagina web: <https://archive.org/stream/archivesparlemen08pariuoft#page/443/mode/1up>.

<sup>86</sup> «Secondo il Guastini, “l'interpretazione ‘in abstracto’ consiste nel riformulare (...) l'enunciato interpretato. Il risultato di siffatta interpretazione è un nuovo enunciato (l'enunciato interpretante) che l'interprete assume sinonimo dell'enunciato interpretato” mentre “l'interpretazione ‘in concreto’..consiste nel sussumere una fattispecie concreta (‘un caso’) nel campo di applicazione di una norma. Il risultato di siffatta interpretazione è un enunciato normativo (non generale e astratto) ma individuale e concreto che qualifica la fattispecie in esame» cfr. ALVAZZI DEL FRATE P., *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, op. cit., p. 7. Nonostante la dottrina prevalente ritenesse applicabile il divieto di interpretazione sia nella forma “in astratto” che in quella “in concreto”, ALVAZZI DEL FRATE ritiene di condividere l'impostazione dell'HALPÉRIN secondo cui, in realtà, all'epoca non si era ancora formata una distinzione tecnica tra le due forme di interpretazione.

era teso ad impedire il formarsi di una giurisprudenza specifica, ossia quella del *Tribunal de cassation*.

A sostegno di quest'ultima considerazione si pone infatti il preteso carattere paralingislativo dell'organo di cassazione, volutamente imposto dall'Assemblea, secondo ALVAZZI DEL FRATE, per evitare il formarsi di un tribunale superiore, la cui giurisprudenza poteva costituire una forma di «normazione concorrenziale con quella legislativa»<sup>87</sup>.

A prescindere dal carattere del *Tribunal de cassation* occorre ora soffermarsi sul disposto dell'art. 21 del Decreto istitutivo, dal quale pare evincersi non già una *potenziale* violazione al principio della separazione dei poteri, come accadeva qualora il Legislativo si pronunciasse in seguito alla proposizione del *référé facultatif*, ma una violazione che pare porsi in maniera del tutto esplicita e costante.

L'art. 21 del Decreto istitutivo<sup>88</sup> disponeva infatti che nel caso in cui, a seguito di una seconda cassazione, fosse riproposto ricorso contro la sentenza del terzo giudice di rinvio per i medesimi motivi delle prime due, il *Tribunal* non potesse procedere ad una terza cassazione ma fosse costretto ad interpellare l'Assemblea legislativa la quale avrebbe pronunciato un *décret déclaratoire de la loi*, vincolante per il *Tribunal de cassation*. Ora, se da un punto di vista meramente teorico l'istituto del *référé obligatoire* avrebbe garantito la separazione dei poteri, da un punto di vista pratico non si traduceva che in una indebita inferenza del potere legislativo su di quello giudiziario che si ripeteva ogniqualvolta si verificasse un contrasto tra il giudice di rinvio e il *Tribunal de cassation*.

Da un punto di vista squisitamente teorico, CALAMANDREI rileva come il Legislatore non fosse invero «invitato a giudicare, il che avrebbe violato un canone fondamentale della Costituzione [art. 1, cap. V, cost. 3-14 sett. 1791], ma [fosse] invitato a dare delle sue leggi l'interpretazione legislativa, con norme di carattere generale ed astratto: trarre da questa interpretazione in astratto le conseguenze relative al caso concreto spettava al Tr. di

---

<sup>87</sup> Ivi, p. 34. Dello stesso segno, HALPÉRIN, secondo cui l'intento di Robespierre non era «uniquement d'interdire au Tribunaux ordinaires de modifier la loi, mais d'empêcher, par l'intermédiaire d'un Tribunal de Cassation indépendant, la formation d'une interprétation judiciaire souveraine qui s'imposerait aux Tribunaux et ferait du Tribunal de Cassation un rival du Corps législatif» in HALPÉRIN J.L., *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Lgdj, Parigi, 1987, p. 63.

<sup>88</sup> Art. 21.2, Decreto istitutivo: «Mais lorsque le jugement aura été cassé deux fois, et qu'un troisième tribunal aura jugé en dernier ressort de la même manière que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au Tribunal de cassation, qu'elle n'ait été soumise au Corps législatif, qui en ce cas portera un décret déclaratoire de la loi; et lorsque ce décret aura été sanctionné par le roi, le Tribunal de cassation s'y conformera dans son jugement », cfr. TARBÈ DES SABLONS A.P., *Cour de cassation. Lois et règlements*, op. cit., §538, p. 245 [<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f259.image>].

cassazione, in ciò che si riferiva a decidere se la sentenza dei giudici di merito fosse in contrasto con la legge interpretativa; e spettava soprattutto all'autorità giudiziaria, in ciò che si riferiva alla risoluzione definitiva della controversia»<sup>89</sup>. Da un punto di vista pratico però, tale ricostruzione non sembrerebbe, a nostro avviso, del tutto lineare; nonostante l'interpretazione autentica del legislatore si caratterizzasse per generalità ed astrattezza finirebbe comunque per incidere sull'esito del giudizio, condizionandolo irrimediabilmente sotto il profilo decisionale. Sono due i profili a sostegno di tale impostazione: a) la *ratio* manifesta della norma; b) la vincolatività, sia per l'autorità giudiziaria che per l'organo di cassazione, del *décret déclaratoire de la loi*.

Sotto il primo profilo – *sub a)* – va infatti rilevato come lo scopo immediato<sup>90</sup> del rimedio sia da ricercarsi nella necessaria risoluzione del conflitto tra giudice di rinvio e l'organo di cassazione: viene da sé considerare, in questa prospettiva, come il Legislatore, nel predisporre direttamente la soluzione al conflitto tra i due organi in pendenza di una lite, predisponga altresì – indirettamente – la soluzione alla controversia *a quo*. In altre parole, il *décret déclaratoire de la loi* comportando, in estrema analisi, l'effetto di cassare o confermare una sentenza *inter partes*, avrebbe necessariamente finito per *decidere* in via definitiva il merito della questione statuendo indirettamente sul rapporto controverso<sup>91</sup>.

Ciò detto finora non avrebbe alcun rilievo, s'intende, se la legge interpretativa non avesse carattere vincolante per gli organi destinatari. Sotto questo profilo – *sub b)* – l'impostazione prospettata da CALAMANDREI non parrebbe del tutto aderente al dato normativo: l'autore, infatti, nell'attribuire al *Tribunal de cassation* la decisione relativa all'individuazione della contrarietà o meno della sentenza dei giudici di merito alla legge interpretativa e al giudice di rinvio la decisione circa il merito della controversia non si sofferma sul fatto che tale discrezionalità – termine qui utilizzato in senso a-tecnico – non trova alcun riscontro nel dato positivo che invece parrebbe vincolare entrambi gli organi al *décret déclaratoire de la loi*. Ciò è evidente sia per il *Tribunal*, secondo il disposto di cui all'art. 21 del Decreto istitutivo («*et lorsque ce décret aura été sanctionné par le roi, le Tribunal de cassation s'y conformera dans son jugement*»<sup>92</sup>), sia per l'Autorità giudiziaria, secondo la lettera dell'art. 10, tit. II, decr. org. giud. («*Les tribunaux ne*

---

<sup>89</sup> Cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §166, p. 435.

<sup>90</sup> Si è infatti detto che la *ratio* latente, o mediata, del *référé obligatoire* sarebbe quella di impedire il formarsi di una giurisprudenza di Cassazione tale da porre l'organo in rivalità con il Corpo legislativo.

<sup>91</sup> Cfr. MAZZARELLA F., *Passato e presente della Cassazione, op. cit.*, p. 103.

<sup>92</sup> v. *retro*, nota 87.

*pourront... empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif sanctionnés par le roi, à peine de forfaiture*»<sup>93</sup>). Per quanto riguarda quest'ultima ipotesi, l'art. 10, tit. II, del decr. org. giud. pur non riferendosi espressamente al *décret déclaratoire de la loi* lo ricomprende implicitamente essendo la stessa legge interpretativa un "*décret du Corps législatif sanctionné par le roi*".

La violazione al principio della separazione dei poteri è quindi evidente e ciò verrà poi confermato anche dallo stesso CALAMANDREI, secondo cui tale sistema «chiamando il legislatore a emanare una legge in occasione di un processo non ancor chiuso, il cui esito doveva appunto dipendere da questa legge, metteva lo stesso legislatore in condizione di fare una legge con criteri parziali, la quale, invece di essere una interpretazione autentica della legge oscura, poteva essere in realtà una legge nuova: in questo senso dunque si può dire che il sistema adottato dal Decr. 1790, se era in teoria rispondente al principio della separazione dei poteri, era in pratica contrario ad esso, perché, provocando l'emanazione di una legge in pendenza di lite, trasformava il legislatore in giudice»<sup>94</sup>.

#### 4.2.2. *L'infondatezza del preteso carattere non giurisdizionale*

Se finora si è cercato di porre l'attenzione su quei profili di incongruità e di contraddizione relativi alle premesse ideologiche poste a fondamento del *Tribunal de cassation*, andando per certi aspetti oltre le norme specificatamente disciplinanti l'organo di cassazione<sup>95</sup>, occorre ora soffermarsi su quelle disposizioni del Decreto istitutivo che tendono a smentire il preteso carattere non giurisdizionale dell'organo in esame; si fa in particolare riferimento alle norme che riconoscono ai privati la facoltà di proporre ricorso ed all'art. 3 che individua tra i motivi legittimanti la cassazione della sentenza anche gli *errores in procedendo*.

Per quanto concerne l'impulso di parte occorre preliminarmente sottolineare come, a differenza della *cassation dans l'intérêt de la loi* che, come si è avuto modo di osservare, veniva specificatamente disciplinata dall'art. 25 del Decreto istitutivo, il ricorso del privato

---

<sup>93</sup> v. *retro*, nota 76.

<sup>94</sup> Cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §166, p. 436.

<sup>95</sup> Si fa riferimento al discorso relativo al *référé législatif facultatif* che, pur non investendo direttamente il *Tribunal de cassation* – a cui non era applicabile – è risultato funzionale per individuare l'intrinseca fragilità delle asserzioni relative al suo fondamento ideologico, ossia il principio della separazione dei poteri e l'utopia della Legge.

litigante non fosse in realtà legittimato da una determinata disposizione ma si ritenesse implicitamente previsto dai continui riferimenti, nel testo, alla “*demande en cassation*”<sup>96</sup>. È quindi pacifico ritenere come, già dalla sua originaria impostazione, il *Tribunal de cassation* assumesse profili di giurisdizionalità: il ricorso del privato non è altro infatti che l’espressione dello *jus litigatoris* che, sostanzandosi in un diritto di impugnazione teso ad ottenere una pronuncia che incida sul merito, non risponde che ad esigenze di giustizia<sup>97</sup>. La questione, in verità, è molto più complessa e dibattuta rispetto a quanto qui ora esposto; va infatti rilavato come a tale impostazione, relativa alla natura giurisdizionale dell’organo di cassazione francese, si contrapponesse con forza CALAMANDREI secondo cui l’impulso di parte non costituiva che una «fondamentale deviazione dall’intento iniziale dell’istituto»<sup>98</sup>.

In particolare, secondo l’autore la possibilità data alle parti «che si sentissero lese da una sentenza non impugnabile per altra via, di presentare al Tr. di cass. una *demande en cassation* [qualora] credessero che la sentenza stessa contenesse una *contravention expresse au texte de la loi*» e il fatto che «alla decisione che il Trib. di cass. doveva prendere su consimili domande si dettero forme *presque judiciaires*<sup>99</sup>» non dovesse far credere che con ciò, ossia «per il solo fatto che il Trib. di cass. era chiamato a decidere [con forme giudiziarie] su una domanda di parte, [che] esso assumesse natura schiettamente giurisdizionale nell’interesse dei privati contendenti»<sup>100</sup>. La giustificazione addotta dal CALAMANDREI si risolve infatti nell’individuazione, nel ricorso di parte, di una strumentalizzazione a fini pubblicistici: l’interesse del privato non era altro che un interesse mediato, «una spinta che, sia pure con forme apparentemente giudiziarie, metteva il Trib. di cass. sulla via di esercitare la sua funzione non giurisdizionale» ossia quella di

---

<sup>96</sup> Ad esempio già all’art. 2 che individua, tra le funzioni attribuite al *Tribunal de cassation* quella di «*prononcer sur toutes les demandes en cassation*» [v. *retro*, nota 61]. L’implicito riferimento alla facoltà delle parti private di ricorrere in cassazione mediante la proposizione della *demande* è evidente poi nel disposto di cui all’art. 17, secondo il quale: “*L’intitulé du jugement de cassation portera toujours, avec le noms des parties, l’objet de leur demande, et le dispositif contiendra le texte de la loi ou des lois sur lesquelles la décision sera appuyée*” [v. *retro*, nota 53].

<sup>97</sup> In questo senso, SPANGHER G., *Trattato di procedura penale*, op. cit., p. 637.

<sup>98</sup> Cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §168, p. 439.

<sup>99</sup> Il giudizio prevedeva infatti «garanzie di pubblicità con un dibattimento orale in contraddittorio tra la parte interessata a ottenere la cassazione e quella interessata al mantenimento della sentenza, con le stesse norme di procedimento che erano fissate dal Regolamento 1738 per il *Conseil des parties*», *ivi*, p. 443.

<sup>100</sup> *Ivi*, pp. 443-444.

reprimere «gli attentati contro la volontà del legislatore compiuti dall'autorità giudiziaria durante la decisione delle private controversie»<sup>101</sup>.

Tale impostazione non pare esente da critica: va infatti rilevato come, se anche si volesse individuare nello *jus litigatoris* (*rectius*, il ricorso di parte) lo “strumento” e nello *jus constitutionis* (*rectius*, l'esatta osservanza ed applicazione della legge così come formulata dal Legislatore) il “fine”, bisognerebbe ammettere, per citare SPANGHER, che «in realtà, lo strumento non era coerente con il fine»<sup>102</sup>. L'autore, nell'individuare tra le due tutele esigenze e sensibilità diverse<sup>103</sup>, rileva infatti che, se il “fine” della Cassazione fosse veramente stato esclusivamente quello di tutelare lo *jus constitutionis*, al di fuori del merito della controversia, «il giudizio in cassazione non [avrebbe dovuto configurarsi] come giudizio di impugnazione, bensì come un giudizio incidentale in cui la questione di merito veniva evocata solo come presupposto per la rilevanza della questione giuridica da decidere», ma ciò non fu così disposto nel Decreto istitutivo ove la Cassazione «attivata dal ricorso-*jus litigatoris* si è autoriformata come giudice dell'impugnazione» ed in questo senso, prosegue SPANGHER<sup>104</sup>, «è difficile costruire un giudizio di impugnazione che declassi lo *jus litigatoris* a una specie di interesse legittimo, che riceve tutela solo e nella misura in cui coincida con lo *jus constitutionis*».

A prescindere ora dall'interesse sotteso al ricorso, il carattere anche solo *parzialmente* giurisdizionale dell'organo di cassazione può evincersi dal fatto stesso che il Decreto istitutivo, nel concedere al privato la facoltà di ricorso e subordinando quest'ultimo al verificarsi di determinate condizioni, aveva posto in capo al *Tribunal de cassation* lo specifico compito di valutarne l'ammissibilità esprimendo quindi un giudizio che prendeva la forma, lo riconosce lo stesso CALAMANDREI, di «ver[a] e propri[a] decision[e] con carattere giurisdizionale, coll[a] qual[e] il Tr. di cass. giudicava se esistesse o no a favore del ricorrente una volontà di legge che gli garantisse il diritto di ricorrere»<sup>105</sup>.

---

<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> Cfr. SPANGHER G., *Trattato di procedura penale*, op. cit., p. 637.

<sup>103</sup> Ci si riferisce al fatto che mentre lo *jus litigatoris* risponde ad un'esigenza di *giustizia* senza però essere indifferente alla *legalità*, lo *jus constitutionis*, noncurante del merito ed estraneo alla logica delle impugnazioni, risponde ad un'esigenza di *legalità* senza preoccupazione alcuna rispetto ai profili di *giustizia*.

<sup>104</sup> Cfr. SPANGHER G., *Trattato di procedura penale*, op. cit., p. 637. Del resto appare debole l'argomentazione sostenuta dal CALAMANDREI con riferimento alle difese delle rispettive parti nel giudizio dinnanzi al *Tribunal de cassation* che assumevano per esso rilievo, secondo l'a., «soltanto per essere meglio edotto sulla offesa fatta dal giudice alla legge e sulla opportunità di esercitare il proprio potere di censura». cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI*, op. cit., §172, p. 445.

<sup>105</sup> CALAMANDREI, pur riconoscendo il carattere giurisdizionale delle decisioni relative alle questioni pregiudiziali di natura processuale, continua a sostenere il carattere non giurisdizionale dell'organo di

Le medesime considerazioni possono altresì svolgersi con riferimento alla previsione, nel Decreto istitutivo, di cassazione per *errores in procedendo* che rappresenta anch'esso, secondo CALAMANDREI, una «deviazione dal profilo originario dell'istituto»<sup>106</sup>.

Occorre infatti rilevare come l'estensione circa la cognizione del *Tribunal de cassation*, operata dalla disciplina positiva con riferimento ai vizi del rapporto processuale, mal si conciliasse con l'idea *politica* che il Maestro fiorentino aveva dell'istituto: CALAMANDREI sottolinea infatti come il fine ultimo dell'organo di cassazione fosse, a quel tempo, da individuarsi non tanto nella repressione circa le violazioni di legge o, per essere maggiormente precisi, nell'oggettiva non conformità della sentenza al diritto obiettivo, quanto nell'intenzionale ribellione del giudice al legislatore, posta in essere mediante l'esercizio di una illegittima attività nomopoietica.

La giustificazione alla cassabilità per inosservanza di formalità processuali – che parrebbe addotta dall'Assemblea nazionale sulla base della considerazione che anch'esse avrebbero rappresentato una violazione di legge da parte dell'autorità giudiziaria – non convince infatti CALAMANDREI che rileva come questa verrebbe in realtà «a travisare il significato politico della cassazione, in quanto non [avrebbe tenuto] conto della profonda differenza che passa dal punto di vista politico tra la violazione di legge commessa dal giudice *in iudicando* e quella commessa dal lui *in procedendo*: la prima, infatti, costituisce un abuso di quella facoltà di “dichiarare” la legge in concreto, di comandare in vece della legge, che forma l'ufficio caratteristico ed esclusivo del giudice, mentre la seconda non differisce da quella semplice inesecuzione di un precetto giuridico che può esser commessa da ogni funzionario e da ogni cittadino, cosicché nella prima e non nella seconda può vedersi quella sostituzione della volontà del giudice alla volontà del legislatore che la Rivoluzione francese tanto paventava, e per impedire la quale istituì appunto il Tr. di cassazione»<sup>107</sup>.

---

cassazione individuando nel ricorso una semplice deviazione rispetto al modello originario la quale se non altera all'origine la qualità non giurisdizionale dell'organo di cassazione, costituisce la «porta aperta attraverso la quale si insinuò nel Tr. di cass. quel carattere di organo giurisdizionale ch'esso, nella mente dei suoi fondatori, non doveva avere» Cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §172, pp. 445-446.

<sup>106</sup> *Ivi*, nota 96, §174, p. 450. Particolare attenzione potrebbe essere posta in realtà sulla diversa terminologia adottata dal CALAMANDREI che, se con riguardo al ricorso di parte indirizza la deviazione all' “intento iniziale” [v. *retro*, nota 97], con riguardo alla cassazione per vizi processuali la indirizza al “profilo originale”. Di ciò si renderà conto in seguito.

<sup>107</sup> Cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §173, p. 447.



D'altra parte, anche a voler concordare con l'impostazione prospettata dal Legislatore rivoluzionario, che in estrema analisi annulla qualsiasi differenza tra la cassazione per *errores in procedendo* e quella per *errores in iudicando*, la norma positiva la contraddice *ab origine*: qualora infatti si volesse porre l'accento sulla "trasgressione del giudice alla norma", che sia quest'ultima di natura sostanziale o procedurale, il disegno del Legislatore del 1790 potrebbe dirsi compiuto solo se fosse realmente sanzionata *ogni* violazione di legge, non solo sostanziale, ma anche procedurale poiché, come osserva giustamente CALAMANDREI, «in ogni trasgressione, anche se con diversa gravità d'effetto sulla validità della costituzione processuale, esiste ugualmente grave la volontà di offendere la legge»<sup>108</sup>. La contraddizione, entro tale sistema, si evince infatti non solo con riguardo agli *errores in iudicando*, che come si è avuto modo di vedere assumono rilievo solo se espressi nel *texte de la loi*, ma soprattutto con riguardo agli *errores in procedendo*, qui analizzati, ove l'art. 3 del Decreto istitutivo ne limita la sindacabilità in sede di cassazione alla sola ipotesi in cui la trasgressione concerna una forma processuale prevista a *pena di nullità*. In altre parole: la concezione posta alla base dell'inclusione degli *errores in procedendo* tra i vizi legittimanti il ricorso in cassazione, ossia l'idea di un maggior rilievo «più che al diverso effetto obiettivo, alla uguale causa subiettiva, [e] cioè all'intenzione del giudice di agire in modo diverso da come avrebbe dovuto agire secondo la legge»<sup>109</sup>, se avrebbe avuto senso nel caso in cui la norma avesse espresso quello che CALAMANDREI definisce come "criterio politico", ossia la censura di ogni trasgressione della legge processuale, viene smentita dalla concreta previsione normativa che, invece, nel considerare rilevanti in sede di cassazione solo le trasgressioni a quelle leggi che prescrivono formalità processuali a pena di nullità, esprime nient'altro che un "criterio processuale".

Ebbene, è proprio da quest'ultima previsione che si evince uno degli indici di giurisdizionalità dell'organo di cassazione: l'ammettere il ricorso ogniqualvolta si verificasse una *violation des formes de procédure prescrites sous peine de nullité*<sup>110</sup>,

---

<sup>108</sup> *Ivi*, p. 448.

<sup>109</sup> *Ibid.* L'a. sottolinea infatti come i Legislatori della Costituente, forse inconsciamente influenzati dalle concezioni giuridiche dell'*ancien régime*, nel considerare la cassazione come un'arma di difesa contro l'attacco del giudice, «ritenevano che la condizione sufficiente per ricorrere ad essa si fosse verificata tutte le volte che il giudice aveva agito contro la legge, anche se questo "agire" non era stato un "giudicare" contro la legge».

<sup>110</sup> Art. 3.2, Decreto istitutivo: "*Et jusqu'à la formation d'un Code unique des lois civiles, la violation des formes de procédure prescrites sous peine de nullité, et la contravention aux lois particulières aux différentes parties de l'Empire donneront ouverture à la cassation*", cfr. TARBÈ DES SABLONS A.P., *Cour de cassation*.

trasformava il *Tribunal de cassation* da organo di nomofilachia a organo di giustizia, da strumento di repressione circa le ingerenze del potere giudiziario su di quello legislativo a strumento giudiziario di tutela contro le irregolarità formali del processo. Di ciò, è lo stesso CALAMANDREI a darne atto rilevando come «l'istituto che, per servire all'*intérêt de la loi*, avrebbe dovuto interamente prescindere dalla giustizia concreta delle singole decisioni giudiziarie, veniva così a porsi a servizio della giustizia, in quanto, col garantire ai litiganti la regolarità delle forme processuali, assicurava ad essi il retto funzionamento dello strumento attraverso il quale la giustizia viene resa. Poiché, come gli autori francesi riconoscono, quando la legge impone l'esatta osservanza delle forme giudiziarie essenziali, mira a tutelare, anziché il principio della separazione dei poteri, le esigenze di una corretta giustizia, la cassazione per *error in procedendo* (...) non tendeva più ad eliminare un conflitto fra legislatore e giudice, ma solo a toglier efficacia giuridica ad una decisione viziata da qualche difetto di costruzione. Talchè diverso significato aveva la cassazione, secondochè avveniva per *contravention à la loi* o per *violation des formes*: nel primo caso la sentenza, pienamente valida dal lato processuale, veniva tolta di mezzo da una causa esterna, cioè da un interesse pubblico superiore, distinto da quell'interesse pubblico per cui è istituita la giustizia civile, che si opponeva al mantenimento di essa; nel secondo caso la sentenza, nata da un procedimento viziato e quindi affetta essa stessa da un difetto di origine, veniva a perdere il suo vigore per una causa interna, perché cioè una parte metteva in evidenza e faceva accertare le conseguenze della imperfezione da cui la sentenza era affetta»<sup>111</sup>. Da ciò un diverso ufficio del *Tribunal de cassation* che, annullando una sentenza viziata in quanto basata su di un procedimento nullo, «non compieva in sostanza un atto di censura giudiziaria, ma un vero e proprio atto di giurisdizione consistente nell'accertare se esistesse nel ricorrente l'interesse e il diritto di ottenere l'annullamento della sentenza denunciata»<sup>112</sup>.

Finora si è cercato di dar conto di quei profili di incongruenza che, nel passaggio dall'impostazione teorica a quella pratica, caratterizzarono la disciplina originaria del *Tribunal de cassation* e, in particolar modo, ci si è soffermati su quelle previsioni normative che ne evidenziarono il carattere – anche solo parzialmente – giurisdizionale e

---

*Lois et règlements, op. cit.*, §520, p. 242 consultabile altresì sul sito internet: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f256.image>.

<sup>111</sup> Cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §174, p. 449.

<sup>112</sup> *Ivi*, p. 450.

che CALAMANDREI apostrofa come “deviazioni”. Ora, al fine di individuare ciò che *storicamente* fu la Cassazione francese, occorre in conclusione riflettere su di un ultimo quesito: rispetto a *che cosa*, le previsioni relative al ricorso di parte e alla sindacabilità degli *errores in procedendo*, rappresentano delle “deviazioni”?

CALAMANDREI, in quella che parrebbe una sinonimia, definisce la previsione normativa relativa all’impulso di parte come “deviazione all’*intento iniziale* dell’istituto”<sup>113</sup> e l’ampliamento dei motivi di ricorso agli *errores in procedendo* come “deviazione al *profilo originario*”<sup>114</sup> dello stesso.

Tale conclusione non potrebbe essere più ambigua: nonostante la divergenza nelle espressioni utilizzate è pacifico che il Maestro attribuisca ad esse un unico significato, relativo ossia all’individuazione nell’originaria ontologia della Cassazione francese di un istituto posto a tutela dello *jus constitutionis* al fine di reprimere gli attentati che il potere giudiziario poteva porre in essere a danno di quello legislativo e, per ciò stesso, un istituto dalla natura inizialmente non giurisdizionale.

La critica che potrebbe essere mossa a tale impostazione trova origine proprio con riguardo alla profonda diversità che intercorre tra le espressioni ora in esame: se infatti con l’una – *l’intento iniziale dell’istituto* – non può che intendersi “l’intento iniziale del *legislatore*”, con l’altra – *il profilo originario dell’istituto* – si deve necessariamente fare riferimento all’impostazione che concretamente l’organo aveva *ab origine*. In altre parole: se la prima espressione rappresenta nel *Sein-Sollen* l’istituto, la seconda lo identifica nel *Sein*. Separare e distinguere le due ipotesi, soprattutto all’interno di un tema come quello della Cassazione, risulta di singolare priorità al fine di evitare di cadere in quello che TARUFFO definisce come il “*wishful thinking*”, «ossia l’abitudine a pensare che la realtà sia fatta proprio come la si vuole, e a scambiare per realtà le proprie teorie»<sup>115</sup>.

La deviazione deve essere riferita alla prima delle due espressioni, ossia all’*intento iniziale*, o in altre parole, al *Tribunal de cassation* così come prescrittivamente inteso. A differenza del *Conseil des parties*, che *nasce* come organo politico a tutela del sovrano legislatore e solo successivamente viene ad assumere profili di surrettizia giurisdizionalità a favore del privato litigante<sup>116</sup>, il *Tribunal de cassation* vede già dalla sua positiva

---

<sup>113</sup> v., *retro*, nota 97.

<sup>114</sup> v., *retro*, nota 105.

<sup>115</sup> Cfr. TARUFFO M., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Il Mulino, Bologna, 1991, p. 8.

<sup>116</sup> Si ricorda come la *demande en cassation* non sorga contemporaneamente all’istituzione del *Conseil des parties*, il quale, in origine, procedeva all’annullamento solo su impulso sovrano.

istituzione nel Decreto del 1790 quegli indicatori circa il carattere inizialmente giurisdizionale dell'organo che sono il ricorso su istanza di parte e la sindacabilità degli *errores in procedendo*. Tale constatazione non sfugge infatti a MAZZARELLA che, con una pungente critica a CALAMANDREI afferma: “secondo la teoria della natura meramente politica, e non giurisdizionale, dell'originario organo di cassazione, è evidentemente impossibile spiegare il fatto per cui il *Tribunal* si metteva in moto con effetti pratici solo su una *demande en cassation* della parte. Da qui la tentazione di «mettere tra parentesi» il ricorso del privato; e in questo senso è stato detto difatti che il ricorso per cassazione non avrebbe fatto parte del «profilo originario» dell'istituto della Cassazione. Parte di codesto profilo originario avrebbe fatto, invece, la denuncia del *Commissaire du roi*, proposta al fine di ottenere d'ufficio l'annullamento della sentenza a prescindere dalla volontà dei litiganti. Se si pensa che tanto il ricorso della parte quanto quello del *Commissaire du roi* erano entrambi previsti nel decreto istitutivo del *Tribunal* del 1790, ci si accorgerà subito che la «originarietà» del profilo dell'istituto, nonostante l'impiego del termine usato, non aveva né ha in realtà alcuna rispondenza storica. Si tratta, in fondo, di un modo di sistemare i dati della storia in base ad un criterio pre-formulato, la cui aderenza alla realtà delle cose è però del tutto problematica”<sup>117</sup>.

La soluzione che, sulla base di tali considerazioni, parrebbe la più appropriata è infatti quella per cui, nonostante *in teoria* il Legislatore rivoluzionario volesse creare un istituto innovativo, espressione delle dottrine e degli ideali di quel particolare periodo storico, il *Tribunal de cassation*, fin dalla sua istituzione, non poté che essere rappresentazione di un organo di giurisdizione dal momento che, lo osserva giustamente SATTA, il riconoscimento circa l'impulso privato alla cassazione e l'estensione della stessa agli *errores in procedendo* non sono che la prova di quanto «le esigenze della realtà fossero più forti di ogni ideologia»<sup>118</sup>.

In questo senso, e a posteriori, non si può negare la lungimiranza di CHABROUX che, già nella seduta del 26 maggio 1790, faceva notare all'Assemblea l'importanza delle definizioni, affermando che «*les Officiers du Tribunal de cassation ne devoient pas porter*

---

<sup>117</sup> Cfr. MAZZARELLA F., *Passato e presente della Cassazione*, op. cit., p. 100.

<sup>118</sup> Cfr. SATTA S., *Passato e avvenire della Cassazione*, op. cit., p. 950.

*le nom de Juges: on connoît l'empire des mots sur les choses: ceux que vous auriez nommés Juges voudroient juger; le Peuple lui-même voudroit qu'ils jugeassent*<sup>119</sup>.

## 5. Riflessioni conclusive: istituti a confronto

Giunti alle note finali del discorso storico sulle origini della Cassazione francese occorre soffermarsi sul confronto tra i due istituti in questa sede esaminati, cercando di osservare il quadro storico da un punto di vista obiettivo e, eventualmente, individuando una costante nelle rispettive evoluzioni.

Si deve in particolare osservare come dal confronto tra il *Conseil des parties* e il *Tribunal de cassation*, che prese solo successivamente<sup>120</sup> la denominazione di *Cour de cassation*, si evincano alcune similitudini che possono essere riassunte sotto un duplice profilo: a) entrambi gli organi furono originariamente istituiti con l'intento di controllare che un determinato corpo politico non esorbitasse le attribuzioni ad esso impostegli da un altro, ritenuto dominante; b) lo spettro di cognizione di entrambi gli istituti vide un graduale ampliamento e apertura al "fatto".

### 5.1. (segue) a) *L'intento politico*

Per quanto concerne il primo di questi due profili – *sub a)* –, non può dirsi che il *Tribunal de cassation* non avesse, nell'originaria intenzione del Legislatore rivoluzionario, la medesima natura di organo politico propria, nell'*ancien régime*, del *Conseil des parties*: se quest'ultimo infatti, aveva il compito di cassare gli *arrêts* resi in contravvenzione alle ordinanze regie, costituendosi quindi come organo teso alla tutela della volontà legislativa sovrana rispetto all'eventuale inottemperanza dei Parlamenti, al *Tribunal* era parallelamente attribuito il compito di cassare le sentenze rese in contravvenzione al testo espresso della legge, in qualità di organo posto alla verifica circa la corretta osservanza della legge da parte del potere giudiziario. Fin qui, è lo stesso CALAMANDREI a riconoscere le affinità tra i due istituti osservando come «da una parte e dall'altra, infatti, [si abbia] una

---

<sup>119</sup> Seduta del 26 maggio 1790, cfr. *Gazette Nationale, ou Le moniteur universel*, n. 147 del 27 maggio 1790, in *Gazette Nationale, ou Le moniteur universel*, vol. Novembre 1789 – Giugno 1790, p. 597, consultabile al sito internet: <https://archive.org/stream/gazettenationale8990panc#page/597/mode/1up>.

<sup>120</sup> Art. 136.1 del senato-consulto 18 maggio 1804 (28 *floréal an XII*): "*Le Tribunal de cassation prend la dénomination de Cour de cassation*", cfr. TARBE DES SABLONS A.P., *Cour de cassation. Lois et règlements*, op. cit., §952, p. 301 [<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f315.image>].

facoltà di annullamento connessa a un pubblico potere per reprimere gli attacchi ad esso rivolti da un altro pubblico potere, insofferente di mantenersi entro un determinato campo d'azione (...). Cambiano, per il cambiare dell'ordinamento politico, i due soggetti del rapporto, ma non cambia la natura del rapporto stesso; il quale, sotto la monarchia come nella costituzione rivoluzionaria, è la conseguenza di una rivalità fra due poteri pubblici; l'esponente di un conflitto cronico esistente tra organi dello Stato»<sup>121</sup>. Ma l'affinità, secondo il Maestro fiorentino, non può evincersi oltre «cambia[ndo], si capisce, il significato costituzionale di questo conflitto: poiché, mentre sotto l'*ancien régime* il re cassava per mantenere intatta la propria autorità di sovrano di fronte alle ribellioni di consessi giudiziari che tendevano nel proprio interesse a trasformarsi in consessi politici, il dissidio diventa più astratto e meno personale nel regime rivoluzionario, in cui la Cassazione mirava a mantenere intatto il principio della separazione di due poteri pubblici ambedue funzionanti nell'interesse dello Stato»<sup>122</sup>.

Ebbene, è proprio su di quest'ultima considerazione che è possibile sollevare alcuni rilievi critici: in effetti, la differenza pare essere sottolineata dal CALAMANDREI con riguardo ad un fine più "onorevole" dell'ufficio del *Tribunal* rispetto a quello del *Conseil des parties* – agendo, il primo, a tutela di un interesse generale, quello dello Stato, mediante il controllo circa il retto mantenimento della separazione dei poteri, ed il secondo a tutela di un interesse particolare, quello del monarca – senza però tenere conto della contraddizione che, nel considerare in tali termini il principio della separazione dei poteri, si andava formando. È stato infatti giustamente notato<sup>123</sup> come il *Tribunal de cassation* non agisse con il fine di mantenere ogni potere nel campo di attività ad esso attribuito, ma si preoccupasse solo di controllare che il potere giudiziario non invadesse il campo di attività riservato a quello legislativo<sup>124</sup>. Una prova del carattere prettamente unilaterale di

---

<sup>121</sup> Cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §155, pp. 414-415.

<sup>122</sup> *Ibid.*

<sup>123</sup> Tra i tanti, v. MAZZARELLA secondo cui il principio contraddittorio insito nella teoria della separazione dei poteri era da ricercarsi ne «l'idea della plusvalenza del potere legislativo, che della "separazione" faceva in fondo un dogma fornito del privilegio di contraddirsi mediante eccezioni» (cfr. MAZZARELLA F., *Passato e presente della Cassazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1/1972, p. 96) o, in termini più suggestivi v. SPANGHER, il quale afferma che «la Cassazione doveva essere l'arma della legge puntata contro il giudice» (Cfr. SPANGHER G., *Trattato di procedura penale, op. cit.*, p. 628).

<sup>124</sup> In verità, il controllo da parte del *Tribunal* viene riconosciuto in termini di unilateralità anche dallo stesso CALAMANDREI. L'apparente contraddizione è evidente nel momento in cui l'a. afferma: «Il *Tribunal de cassation* nasce appunto allo scopo di impedire che un potere pubblico esorbi dal proprio dominio; ma il suo controllo, anziché essere esteso alle relazioni fra tutti e tre i poteri in ogni campo della costituzione, si limita alle relazioni che passano tra due di questi poteri, quello legislativo e quello giudiziario; e neppure in questo campo più ristretto il *Tribunal de cassation* esercita una sorveglianza bilaterale, volta a mantenere nei

tale controllo è offerta dalle stesse norme positive che, come si è avuto modo di osservare, invece di reprimere eventuali invasioni del potere legislativo a danno di quello giudiziario – mantenendo in tal modo fermo il principio della separazione tra i due poteri – le imponevano.

L'art. 21 del Decreto istitutivo<sup>125</sup> disponeva infatti che nel caso in cui, a seguito di una seconda cassazione, fosse riproposto ricorso contro la sentenza del terzo giudice di rinvio per i medesimi motivi delle prime due, il *Tribunal* non potesse procedere ad una terza cassazione ma fosse costretto ad interpellare l'Assemblea legislativa (*référé obligatoire*) la quale avrebbe pronunciato un *décret déclaratoire de la loi*, vincolante per il *Tribunal de cassation*.

Dell'illegittima interferenza del potere legislativo nel giudizio e della conseguente compromissione del potere decisorio del giudice si è già avuto modo di trattare e sul punto non sembra opportuno ripetersi. Ciò su cui infatti si vuole porre l'attenzione riguarda esclusivamente l'intento *politico* che sottende l'istituzione di entrambi gli organi, un intento che invero non ha nulla di “onorevole” ma che si presta quale espressione di un interesse particolare – del monarca prima, e del Legislatore rivoluzionario poi – all'affermazione della propria supremazia nell'ordinamento. S'intende, infatti, come tale interesse sia dettato da uno specifico *timore* che, se certo può ritenersi fondato nell'*ancien régime*, non altrimenti può asserirsi nel contesto rivoluzionario.

Ad ogni modo, sia per quanto concerne il *Conseil des parties* sia per quanto riguarda il *Tribunal de cassation*, tale timore viene estrinsecato da quella che voleva essere la finalità principale dell'organo di cassazione, ossia quella di reprimere la minaccia che l'ufficio del giudice, latamente inteso, poteva rappresentare per colui che, diversamente a seconda del periodo storico di riferimento, si costituiva come l'epicentro del sistema politico. Poco importa infatti celare sotto il sofisticato pretesto della “contravvenzione alle ordinanze o alla legge” tale meccanismo di prevaricazione politica se si considera come, nella realtà dei

---

giusti limiti tanto l'uno quanto l'altro di questi due poteri: sibbene si preoccupa unicamente di impedire che il potere giudiziario invada il territorio spettante al potere legislativo, senza in alcun modo curarsi degli eventuali sconfinamenti commessi dal potere legislativo nel territorio del potere giudiziario» (Cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §147, p. 399).

<sup>125</sup> Art. 21.2, Decreto istitutivo: “*Mais lorsque le jugement aura été cassé deux fois, et qu'un troisième tribunal aura jugé en dernier ressort de la même manière que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au Tribunal de cassation, qu'elle n'ait été soumise au Corps législatif, qui en ce cas portera un décret déclaratoire de la loi; et lorsque ce décret aura été sanctionné par le roi, le Tribunal de cassation s'y conformera dans son jugement*”, cfr. TARBÈ DES SABLONS A.P., *Cour de cassation. Lois et règlements, op. cit.*, §538, p. 245 [<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f259.image>].

fatti, con il termine “ordinanza” s’intenda, *nell’ancien régime*, la volontà del sovrano e con il termine “legge”, in epoca rivoluzionaria, quella del Legislatore, in entrambi i casi si tratta di corpi politici che, nei rispettivi periodi storici di riferimento, erano considerati quelli dominanti.

## 5.2. (segue) b) *La deriva giurisdizionale*

Nonostante l’intento sotteso alla sua istituzione fosse *politico*, l’organo di cassazione vide, nella pratica giudiziaria, una graduale evoluzione nell’esercizio del suo ufficio. Sia il *Conseil des parties* che il *Tribunal de cassation* vissero infatti una sempre maggior estensione circa il proprio ambito di cognizione con l’unica differenza che, se nell’*ancien régime* tale ampliamento si ritiene conseguenza di una costante e reiterata strumentalizzazione da parte dei privati litiganti della *demande en cassation*, con il nuovo ordinamento rivoluzionario l’estensione è per lo più riconducibile all’opera dell’organo stesso. In entrambi i casi però, l’evoluzione – più che *deviazione* – si è svolta, per citare CALAMANDREI, «per graduale evoluzione pratica, che si compì all’infuori delle leggi e, talvolta, contro la lettera delle stesse»<sup>126</sup>. Si è già avuto modo di trattare dell’ampliamento circa l’ambito di cognizione del *Conseil des parties*, pare quindi opportuno, per ragioni di completezza, affrontare la medesima questione con riferimento al *Tribunal de cassation*.

Le maglie del sindacato di cassazione iniziarono ad allentarsi già nel corso dell’anno seguente all’istituzione del *Tribunal* quando, l’art. 20, Cap. V, della Costituzione del 3-14 settembre 1791<sup>127</sup>, nel prevedere che fosse sindacabile per *error in iudicando* la sentenza che contenesse una *contravention expresse à la loi*, ammise la cassazione per contrarietà

---

<sup>126</sup> Cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §179, p. 467.

<sup>127</sup> Art. 20, Cap. V, cost. 3-14 sett. 1791: “*En matière de cassation, le tribunal de cassation ne pourra jamais connaître du fond des affaires; mais après avoir cassé le jugement qui aura été violé, ou qui contiendra une contravention expresse à la loi, il renverra le fond du procès au tribunal qui doit en connaître*” cfr. MAVIDAL J. – LAURENT È. (a cura di), *Archives parlementaires de 1787 à 1860: recueil complet des débats législatifs, Tome XXX, op cit.*, p. 165, <https://archive.org/stream/archivesparlemen30pariuoft#page/165/mode/1up>. La medesima formula viene poi ripetuta sia nella Costituzione del 13 dicembre 1799 [22 frimaio anno VIII] all’art. 66 (cfr. TARBÈ DES SABLONS A.P., *Cour de cassation. Lois et règlements, op. cit.*, §823, p. 285 consultabile altresì sul sito internet: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f299.image>) sia nella legge di riforma dell’ordinamento giudiziario del 1810 [*Loi 20 avril 1810, Loi sur l’organisation de l’ordre judiciaire et l’administration de la justice*] all’art. 7, comma 1° il quale prevedeva che: “*La justice est rendue souverainement par les cours royales; leurs arrêts, quand ils sont revêtus des formes prescrites à peine de nullité, ne peuvent être cassés que pour une contravention expresse à la loi*” (cfr. TARBÈ DES SABLONS A.P., *Cour de cassation. Lois et règlements, op. cit.*, §1169, p. 340 consultabile altresì sul sito internet: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f354.image>).



allo spirito della legge. L'ampliamento è infatti determinato dall'eliminazione, nella formulazione sintattica della norma, del termine "*texte*", che invece era originariamente previsto ai sensi dell'art. 3 del Decreto istitutivo. In tal modo, s'intende, il *Tribunal de cassation* poteva annullare sia nel caso in cui il giudice si fosse pronunciato contro la lettera espressa della legge, sia nel caso in cui l'avesse violata nella sua intenzione razionale, nel suo intrinseco significato<sup>128</sup>. Da qui alla cassabilità per *fausse interprétation de la loi* il passo fu breve: da un lato infatti, il giudice, che prima della riformulazione della norma poteva aggirare la legge pur attenendosi al testo della stessa<sup>129</sup>, si trova ora a dover indagare circa il corretto spirito della norma per non veder annullati gli effetti giuridici della propria decisione; dall'altro, la codificazione napoleonica, nell'abolire, ai sensi dell'art. 4 del *Code Civil*<sup>130</sup>, il *référé législatif* non solo distinse l'interpretazione autentica (vietata al giudicante ex art. 5 c.c.fr.<sup>131</sup>) dall'interpretazione giurisdizionale, ma rese quest'ultima *doverosa* per il giudice che, nel caso in cui si rifiutasse di giudicare *sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi*<sup>132</sup>, sarebbe potuto essere perseguito per denegata giustizia. La possibilità, per il *Tribunal*, di sindacare anche sulla falsa interpretazione di legge, sviluppatesi come *prassi* all'interno del collegio e non prevista da alcuna norma positiva, comportò quindi un secondo passaggio nell'evoluzione dell'istituto che vide la propria cognizione estesa così ad ogni *error in iudicando* relativo alla premessa maggiore.

<sup>128</sup> Cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §180, p. 468 e SPANGHER G., *Trattato di procedura penale. Vol. V. Impugnazioni, op. cit.*, p. 632.

<sup>129</sup> Era infatti il riferimento al "*texte de la loi*" che paradossalmente sottraeva al controllo in cassazione eventuali surrettizie violazioni da parte del giudice e ciò perchè, lo afferma CALAMANDREI, vi era «una contraddizione stridente tra le energiche proteste dei deputati rivoluzionari contro ogni sorta di interpretazione giurisprudenziale e l'esclusione della *fausse interprétation* di legge della censura del Trib. di cass.: mentre questo avrebbe dovuto servire, nella intenzione dei suoi fondatori, a impedire ai giudici di interpretare *in qualunque modo* le norme emanate dal potere legislativo, gli si proibiva poi di intervenire perfino nei casi in cui i giudici di merito non solo avevano interpretato la legge, ma benanco l'avevano *faussement* interpretata! (...) Coll'ammettere la Cassazione solo per contravvenzione espressa al testo della legge, veniva implicitamente a riconoscere la interpretazione *in concreto* delle leggi dubbie rientrava nei poteri incensurabili dei giudici di merito» [cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §162, pp. 429-430].

<sup>130</sup> Al *Code civil des Français* del 30 ventoso anno XII [21 marzo 1804], altrimenti detto *Code Napoléon*, si farà successivamente riferimento nella forma abbreviata di: "c.c.fr."

<sup>131</sup> Art. 5, c.c.fr.: "*Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*", cfr. TARBÈ DES SABLONS A.P., *Cour de cassation. Lois et règlements, op. cit.*, §958, p. 302 consultabile altresì sul sito internet: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f316.image>.

<sup>132</sup> Art. 4, c.c.fr.: "*Le juges qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*", cfr. TARBÈ DES SABLONS A.P., *Cour de cassation. Lois et règlements, op. cit.*, §957, p. 301 consultabile altresì sul sito internet: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f315.image>.

Se tale ampliamento costituì, secondo CALAMANDREI, «la causa prima della sostanziale trasformazione dell'organo di cassazione»<sup>133</sup>, il passaggio più rilevante si ebbe con la sindacabilità per *fausse application de la loi* che rappresentò, sempre secondo il Maestro fiorentino, non solo «il lato più originale dell'istituto francese» ma si costituì, più in generale, come una «novità che non ha esempio nella storia del diritto»<sup>134</sup>. Del resto, lo ammette SPANGHER, «il passaggio dalla falsa interpretazione alla falsa applicazione della legge è una strada senza ritorno che parte dal diritto e giunge al fatto»<sup>135</sup>.

L'ammettere la cassazione per falsa applicazione di legge (o, meglio, l'errata *qualification légale* del rapporto controverso) portava infatti il *Tribunal* ad indagare non solo sul significato della norma *astratta*, ma a valutare la questione di diritto *in concreto* scendendo nell'esame, in sentenza, della relazione che il giudice di merito aveva istituito tra la norma di diritto e il fatto controverso. Si permetteva, in altre parole, ad un giudice di *mero diritto* di operare un confronto fra il fatto e la norma per cui, lo rileva CALAMANDREI, al *Tribunal* «non bastava più leggere la sentenza del giudice di merito, per vedere se in essa si trovava l'enunciazione di erronee “dottrine” giuridiche, ma occorreva rendersi conto anche del materiale di fatto raccolto dal giudice sul merito della lite, per vedere se esso giustificava quelle conseguenze di diritto che la sentenza ne aveva tratte»<sup>136</sup>.

Con l'estensione, circa l'ambito di cognizione del *Tribunal*, alla censurabilità degli errori di diritto relativi alla premessa minore, «la Cassazione per[s]e l'innocenza originaria di giudice del puro diritto. La norma giuridica scende dall'empireo e tocca il fatto»<sup>137</sup>; e ciò, s'intende, fu favorito anche dalla previsione, di cui al comma 2, art. 7 della Legge sull'organizzazione giudiziaria del 1810<sup>138</sup> che imponeva, per il giudice di merito, l'obbligo di motivare le proprie sentenze<sup>139</sup>. È chiaro infatti come, al fine di permettere al *Tribunal* l'esercizio del proprio legittimo sindacato sulla qualificazione giuridica del fatto,

---

<sup>133</sup> Cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §181, p. 469.

<sup>134</sup> *Ivi*, §182, p. 472.

<sup>135</sup> Cfr. SPANGHER G., *Trattato di procedura penale, op. cit.*, p. 633.

<sup>136</sup> Cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §182, p. 471.

<sup>137</sup> Cfr. SPANGHER G., *Trattato di procedura penale, op. cit.*, p. 633.

<sup>138</sup> Alla Legge di riforma sull'organizzazione giudiziaria, ossia alla *Loi 20 avril 1810, Loi sur l'organisation del'ordre judiciaire et l'administration de la justice*, si farà successivamente riferimento con la forma abbreviata di: “L. org. giud.”. Per la consultazione del testo di legge, sia in lingua originale che in traduzione italiana, v. riferimenti bibliografici.

<sup>139</sup> Art. 7.2, L. org. giud.: “*Les arrêts qui ne sont pas rendus par le nombre de juges prescrit, ou qui ont été rendus par des juges qui n'ont pas assisté à toutes les audiences de la cause, ou qui n'ont pas été rendus publiquement ou qui ne contiennent pas les motifs, sont déclarés nuls.*”, cfr. TARBÈ DES SABLONS A.P., *Cour de cassation. Lois et règlements, op. cit.*, §1169, p. 340 consultabile altresì sul sito internet: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f354.image>.

non spettasse che al giudice di merito rendere conto di tutti gli elementi di fatto che ne giustificavano la sussunzione sotto la norma da lui individuata; il *Tribunal* non poteva scendere nella cognizione del *fond des affaires* e quindi non poteva controllare *direttamente* i fatti sostanziali posti alla base della decisione del giudice di merito, il quale aveva quindi l'onere esclusivo di renderne atto nella motivazione della propria sentenza poiché, in caso contrario, ossia nell'ipotesi di omissione totale o parziale dei fatti materiali rilevanti per la qualificazione giuridica della fattispecie, rileva SPANGHER, si sarebbe sottratto «al controllo della Cassazione e [sarebbe] dive[nuto] sovrano non solo del fatto, ma anche del diritto»<sup>140</sup>. In altre parole, considerandosi ora la “completezza e la chiarezza nella descrizione del fatto” la «precondizione legale per il controllo sull'applicazione del diritto»<sup>141</sup>, l'insufficienza o la semplice imprecisione nell'enunciazione dei motivi di fatto posti a giustificazione della decisione sarebbe stata passabile di censura dinnanzi al *Tribunal* ma, lo sottolinea sempre SPANGHER, non già come “vizio di motivazione”, che non fu mai ricompreso nei motivi legittimanti il ricorso, «bensì come violazione di legge in quanto ostacolo al controllo sull'applicazione del diritto»<sup>142</sup>. È questa la categoria che prende il nome di “*défaut de base légale*” e che costituisce non solo uno «strumento di sindacato indiretto del giudizio di fatto»<sup>143</sup> così come BOVE lo riconosce nella dottrina tradizione francese, ma anche, secondo SPANGHER, lo strumento che paradossalmente salvava la Cassazione francese da ogni accusa di incursione nel merito della controversia in quanto il *Tribunal*, così operando, «non sindacava “il valore dei motivi”, cioè la correttezza e la logicità della ricostruzione fattuale [, ma] sindacava i motivi in funzione della loro idoneità a rendere possibile il controllo sulla qualificazione normativa del fatto “sovraneamente” ricostruito dal giudice di merito»<sup>144</sup>.

---

<sup>140</sup> Cfr. SPANGHER G., *Trattato di procedura penale*, op. cit., p. 634.

<sup>141</sup> *Ibid.*

<sup>142</sup> *Ibid.*

<sup>143</sup> Cfr. BOVE M., *Ancora sul controllo della motivazione in Cassazione*, Relazione presentata all'Incontro di studio su “Le novità in materia di impugnazioni”, svoltesi a Firenze il 12 aprile 2013 per iniziativa dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile e del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Firenze, in *Giust. proc. civ.*, 2/2013, p. 431, p. 450.

<sup>144</sup> Cfr. SPANGHER G., *Trattato di procedura penale*, op. cit., p. 634.

## Capitolo II

### IL RECEPIMENTO DEL MODELLO FRANCESE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

#### 1. Premessa

Nel primo capitolo si è avuto modo di analizzare i mutamenti e le evoluzioni che caratterizzarono l'organo di cassazione francese, dalle sue forme embrionali nel *Conseil des parties* fino alla sua positiva istituzione nel *Tribunal de cassation*. Si è cercato di dare adeguata rappresentazione di come, per entrambi gli organi, la disciplina positiva si sia rivelata insufficiente al fine di contenere, nei rigidi limiti di cognizione prescrittivamente imposti, l'ufficio di quella istituzione la cui ambiguità non è che la naturale conseguenza alla sua particolare collocazione politica e giuridica nell'ordinamento. Si è detto poi come il “modello a Cassazione”, frutto dei postulati filosofici del nuovo ordinamento politico post rivoluzionario, si sia scontrato con i limiti e le contraddizioni che la realtà pratica e le esigenze di giustizia avevano fatto in parte prevelare. L'ampliamento circa i limiti di cognizione del *Tribunal de cassation*, così come il riconoscimento circa la propria natura giurisdizionale – conclusosi formalmente con la *Loi 1° avril 1837*<sup>145</sup> ma intuibile già nel 1804 quando, con l'art. 136.1 del *Sénatus-consulte organique 28 floréal an XII*, il *Tribunal* assunse la nuova denominazione di *Cour de cassation*<sup>146</sup> – comportarono infatti una

---

<sup>145</sup> La legge del 1° aprile 1837 disponeva infatti che nel caso in cui, a seguito di una prima cassazione, fosse riproposto ricorso contro la medesima sentenza, tra le stesse parti e per gli stessi motivi, la Corte di cassazione avrebbe giudicato a sezioni unite [art. 1, l. 1837: “*Lorsque, après la cassation d'un premier arrêt ou jugement rendu en dernier ressort, le deuxième arrêt ou jugement rendu dans la même affaire, entre les mêmes parties, procédant en la même qualité, sera attaqué par les mêmes moyens que le premier, la Cour de cassation prononcera, toutes les chambres réunies*”, v. *Loi relative à l'autorité des arrêts rendus par la Cour de cassation après deux pourvois du 1° avril 1837*, in TARBÈ DES SABLONS A.P., *Cour de cassation. Lois et règlements, op. cit.*, §1395, p. 371, consultabile altresì alla pagina web: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f385.image>] il cui giudizio in punto di diritto sarebbe stato vincolante per il giudice di rinvio nel caso in cui la seconda cassazione fosse stata disposta per gli stessi motivi della prima [art. 2.1, l. 1837: “*Si le deuxième arrêt ou jugement est cassé pour le même motif que le premier, la cour royale ou le tribunal auquel l'affaire est renvoyée se conformera à la décision de la Cour de cassation sur le point droit jugé par cett cour*” *ibid.*]. PUNZI, così come CALAMANDREI, rileva come sia proprio la l. 1° aprile del 1837 a «a sancire l'avvento del nuovo corso della Cassazione [la sua “seconda stagione”], il passaggio dall'esercizio di funzioni di controllo costituzionale a carattere negativo, connesse alla sua origine di organo squisitamente politico, all'esercizio della funzione giurisdizionale “francamente positiva” di regolatrice della giurisprudenza» [cfr. PUNZI C., *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte del diritto?*, in *Historia et ius*, 1/2012, p. 4, consultabile online alla pagina web: [www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/punzi.pdf](http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/punzi.pdf)].

<sup>146</sup> v. *retro*, Cap. I, nota 119.

deviazione – o meglio, un’evoluzione – da quel modello “puro” che, quale prodotto della ragione, non poteva che rimanere ancorato ad una dimensione teorica e ideale.

Tali profili, evidenziati nell’analisi relativa alla disciplina d’Oltralpe, non possono che porsi in termini di prodromicità rispetto a quello che si costituirà come l’assetto giuridico italiano il quale, come si avrà modo di osservare, risentì profondamente l’influenza che su di esso ebbe la disciplina giuridica e costituzionale francese. Occorre infatti ricordare come, nel periodo rivoluzionario e napoleonico, i Territori italici si videro estese *sic et simpliciter* quelle che erano le legislazioni francesi cosicché, dall’oggi al domani, «ebbe vita, in ognuno dei nuclei costituzionali [italici], un organo di cassazione, copia fedele del *Tribunal* residente a Parigi, il quale, come tutte le creazioni rivoluzionarie ch’ebbero in Italia improvvisa ed effimera esistenza, non derivò da tradizioni nazionali del nostro diritto, ma da subitanea imposizione di concezioni straniere»<sup>147</sup>.

Nonostante l’iniziale *coercizione* con la quale il modello francese fu inizialmente adottato nella Penisola, non può però asserirsi come lo stesso, pur non avendo nell’esperienza italica precedenti diretti ed immediati, non potesse invero rappresentare una possibile soluzione a quelle insofferenze antigiurisprudenziali già evidenti nelle dottrine nostrane del XVIII sec.<sup>148</sup>, ed è forse per tale motivo che alcune legislazioni pre-unitarie lo ripresero, recependo la normativa francese, anche dopo la Restaurazione. Si avrà modo di osservare come sia proprio da tale recezione, che TARUFFO qualifica come «passiva, discontinua e incompleta»<sup>149</sup>, che si evince non solo come la scelta del

---

<sup>147</sup> Cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §247, p. 633.

<sup>148</sup> *Ivi*, §246, p. 631-632. L’a. richiama in particolare le dottrine del Muratori e del Filangieri sottolineando come, pur descrivendo il primo la necessità di arginare l’attività nomopoietica esercitata dai giudicanti – affermando che «i giudici si attribuiranno un’autorità che è riserbata al solo Principe, cioè quella di fare e disfare le leggi» ne *Dei difetti della giurisprudenza* [Napoli, 1742, p. 116] – e il secondo l’opportunità di vietare ai giudici ogni interpretazione che non fosse letterale od analogica [v. FILANGIERI G., *Riflessioni politiche sull’ultima legge del Sovrano, che riguarda la Riforma dell’amministrazione della Giustizia*, Napoli, 1774], entrambi non suggerissero in realtà «rimedi in qualche modo somiglianti alla Cassazione francese» [cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §246, p. 631].

<sup>149</sup> Cfr. TARUFFO M., *Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie*, ne *Il vertice ambiguo*, *op. cit.*, p. 29 ss. Il TARUFFO sottolinea come la *passività* di tale recezione sia da evincersi in particolar modo agli inizi, nel periodo rivoluzionario e napoleonico, ove «la *ratio* dell’istituto è nella diretta recezione di tale modello [a Cassazione], piuttosto che in scelte fondate sui suoi pregi». La *discontinuità* è poi evidente, secondo l’a., nella considerazione per cui solo il Regno di Napoli mantenne – anche durante la Restaurazione – il modello a Cassazione [v. *oltre*, nota 8] mentre tutti gli altri ordinamenti videro risorgere le legislazioni di antico regime, in particolare per quanto riguarda la legislazione piemontese, ove la Cassazione risorgerà solo nel 1847, che verrà poi successivamente estesa al Regno d’Italia. Da tali considerazioni, il TARUFFO conclude quindi che «per quanto riguarda la Cassazione, non si tratta della continuazione di una tradizione propria dell’ordinamento piemontese, bensì appunto del mantenimento forzato di un istituto che in tale ordinamento è presente da poco, e non si è ancora veramente consolidato». In ultimo, la recezione viene definita come *incompleta* nel momento in cui si rileva come, da un lato, essa

Legislatore italiano per il modello a Cassazione sia in realtà tutt'altro che scontata, ma anche come la stessa individuazione della Suprema Corte quale unico vertice della piramide giudiziaria sia da considerarsi, più che il naturale «progresso da un sistema vecchio e irrazionale (...) ad un sistema nuovo, razionale e democratico»<sup>150</sup>, la risultante di una complessa operazione politico-giuridica fortemente influenzata da quella che era – ed è – la nostra tradizione culturale.

Appare quindi necessario, al fine di individuare le peculiarità dell'attuale disciplina della Suprema Corte, indagare su quali fossero le contingenze storiche e politiche che portarono all'adozione, nel nostro sistema giuridico, del modello a Cassazione e di come emersero, nelle discussioni relative all'opportunità circa l'esistenza e l'accentramento della stessa, critiche e perplessità che non possono ridursi a mere estrinsecazioni «in difesa di interessi regionali e professionali»<sup>151</sup>.

## 2. *Dalla recezione italica alla scelta italiana del 1865*

Allo scemare di quella esigenza restauratrice che nei primi decenni dell'Ottocento aveva riportato in vigore nei Territori italici la legislazione di antico regime, l'assetto ordinamentale della Penisola si vide caratterizzato da un quadro giuridico-istituzionale quanto mai composito. L'espulsione circa l'istituto della Cassazione, posta in essere nella Penisola con le Leggi di Restaurazione, non fu che solo una parentesi per alcuni ordinamenti italici che, a poco a poco, recepirono nuovamente il modello francese nelle loro legislazioni<sup>152</sup>. Non ci si occuperà in questa sede di analizzare le singole codificazioni

---

non avvenga «in alcuni ordinamenti che pure si ispirano direttamente al *code* del 1806 per la disciplina del processo civile» – è il caso dei *Regolamenti* pontifici del 1817 e del 1834 – e, dall'altro, nel Territorio italico sopravvivano ordinamenti che, «non subendo affatto o solo minimamente l'influenza di tale modello, rifiutano il sistema della cassazione», come ad esempio la legislazione austriaca del Lombardo-Veneto.

<sup>150</sup> *Ivi*, p. 49. L'a. dinanzi a tale impostazione, prospettata dal CALAMANDREI ne *La Cassazione civile* – dove in sostanza il Maestro fiorentino individua, nel passaggio dal sistema transitorio all'unificazione del '23, la «progressiva depurazione (...) da ingombranti residui del diritto comune, verso la realizzazione di un modello inteso come l'espressione ottimale della razionalità al livello della magistratura suprema» – rileva come tale atteggiamento «introduc[a] un elemento fortemente valutativo nella ricostruzione storica, che ne risulta per molti versi deformata ed appiattita su un *leitmotiv* assunto *a priori* come dominante» [*ivi*, p. 50].

<sup>151</sup> Tale è l'opinione in merito prospettata a più riprese dal CALAMANDREI, v. CALAMANDREI P., *Per il funzionamento della Cassazione unica*, (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VIII, Altri studi sulla Cassazione civile, sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni*, Morano, Napoli, 1979 §1, p. 370; *idem*, (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §270, p. 675; *idem* (a cura di FURNO C.), voce *Cassazione civile*, in *Novissimo Dig. It.*, p. 1061.

<sup>152</sup> Tra gli Stati preunitari, solo il Regno di Napoli mantenne in vigore l'istituto della Cassazione anche durante la Restaurazione; il merito è da attribuire all'opera di Ferdinando di Borbone che, una volta a capo del Regno delle Due Sicilie (1816), fece approvare la l. 29 maggio 1817 – Legge organica per l'ordine

giuridiche degli Stati preunitari<sup>153</sup>, qui basti rilevare come, nel periodo immediatamente precedente all'unificazione del Regno, gli ordinamenti processuali della Penisola si vedevano divisi in tre diverse categorie, a seconda del modello di magistratura suprema singolarmente adottato, ossia: a) gli ordinamenti che recepirono il modello a Cassazione<sup>154</sup>; b) gli ordinamenti che privilegiarono un sistema "misto"<sup>155</sup> tra Cassazione e Terza istanza; c) gli ordinamenti che adottarono il sistema della "Terza istanza"<sup>156</sup>.

Ciò che emerge da questo sintetico quadro è senza dubbio la *poliedricità* caratterizzante l'assetto giuridico della Penisola della prima metà dell'Ottocento e della quale si dovette necessariamente tenere conto nell'opera di unificazione politica e legislativa del Regno

---

giudiziario – che confermò la Cassazione con funzioni devolute alla Corte Suprema di Giustizia, istituita nelle due sedi di Napoli e Palermo. Cfr. RICCI G., *Il giudizio civile di Cassazione*, Giappichelli, Torino, 2013, nota 23, p. 17.

<sup>153</sup> Per approfondimenti v. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §258 ss, p. 647 ss; v. altresì PANZAROLA A., *La Cassazione civile giudice del merito. Vol. I. Cassazione e terza istanza*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 34 ss.

<sup>154</sup> Tra essi in particolare: a) il Regno delle Due Sicilie che, come si è precedentemente detto, non abbandonò neanche durante la Restaurazione il modello francese, istituì la Corte Suprema di Giustizia, con due sedi – a Napoli e a Palermo – per mantenere l'esatta osservanza delle leggi e per richiamare alla loro esecuzione i giudici che se ne fossero allontanati [art. 108 ss, *Legge organica dell'Ordine Giudiziario del 1817*]. La disciplina processuale dell'istituto fu poi successivamente regolata dal Titolo IV (*Del ricorso per annullamento alla suprema Corte di Giustizia*), Libro V (*De' modi straordinari d'impugnare i giudicati e del ricorso per annullamento alla suprema Corte di Giustizia*) della parte Terza (*Leggi della procedura nei giudizi civili*) del *Codice per lo Regno delle Due Sicilie* del 26 marzo 1819 [consultabile online: [http://books.google.it/books?id=HXMDAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=it&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](http://books.google.it/books?id=HXMDAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=it&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false)]. Per approfondimenti v. LANDI V., *L'organizzazione giudiziaria del Regno delle Due Sicilie*, in PICARDI N.– GIULIANI A. (a cura di), *L'ordinamento giudiziario, vol. I: Documentazione storica*, Maggioli, Rimini, 1985, p. 588 ss; e, in sintesi, CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §263, p. 657 ss.; b) il Granducato di Toscana ove, con il *motuproprio* del 2 agosto 1838 le funzioni della Cassazione furono devolute alla Real Consulta. L'assetto processuale della Cassazione fiorentina era particolarmente innovativo rispetto a quello previsto in Piemonte in quanto, a differenza di quest'ultimo che recepiva il modello francese del 1837, la pronuncia della Cassazione di Firenze aveva efficacia vincolante sul punto di diritto deciso, già dal *primo* ricorso [cfr. TARUFFO M., *Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie*, ne *Il vertice ambiguo, op. cit.*, p. 32]. Per approfondimenti v. PANZAROLA A., *La Cassazione civile giudice del merito. Vol. I., op. cit.*, p. 36, nota 92 nonché CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §264, p. 659 ss; c) il Regno di Sardegna che istituì il Magistrato di Cassazione a Torino con il R.E. 30 ottobre 1847. Del regime piemontese si avrà modo di approfondire in seguito.

<sup>155</sup> Tra essi si ricordano in particolare: a) il Ducato di Parma, ove il Supremo Tribunale di Revisione disciplinato dal titolo V, Libro I del *Codice di procedura civile* di Maria Luigia del 6 giugno 1820 [consultabile online: [http://www.giustizia.it/resources/cms/documents/COD\\_PROC\\_CIV\\_PARMA.pdf](http://www.giustizia.it/resources/cms/documents/COD_PROC_CIV_PARMA.pdf)] aveva la possibilità, ex art. 83, di giudicare nel merito su ricorsi presentati, ex art. 80, n. 2, quando sia stata "manifestamente violata la legge"; b) il Ducato di Modena, ove il *Codice di procedura per gli Stati Estensi* aveva, il 14 giugno 1852, ha recepito il modello di Revisione con la possibilità però di adirlo anche come rimedio contro le violazioni di legge poste in essere in sentenze passate in giudicato – art. 52.3, lett. a) – [consultabile online: [http://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Codice\\_proc\\_civ\\_Stati\\_estensi.pdf](http://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Codice_proc_civ_Stati_estensi.pdf)]; c) lo Stato Pontificio ove i *Regolamenti pontifici* del 1817 e del 1834 ripresero molti dei principi processuali francesi pur mantenendo il vecchio ordinamento giudiziario.

<sup>156</sup> Si fa riferimento alla disciplina giuridica del Lombardo – Veneto, la quale ripudia il sistema a Cassazione per favorire quello del Supremo Tribunale di Revisione di Vienna. Per approfondimenti v. ARGINE S., *Cassazione e Terza istanza nell'esperienza storica lombarda*, in *Riv. dir. proc.*, 3/2013, p. 608.

ove, lo rileva in particolare MECCARELLI, «lo specifico processo di configurazione del sistema della giurisdizione suprema sarebbe stato (...) la risultante di una combinazione ibrida tra tipicità “italiche” e necessità “italiane”»<sup>157</sup>. Se da un lato, infatti, il particolarismo giuridico e il diritto giurisprudenziale si costituivano come tradizioni plurisecolari della cultura italica, dall’altro, considerando come «le sorti politiche della Penisola unificata [fossero] ormai legate a doppio filo a quelle giuridiche del diritto codificato»<sup>158</sup>, si doveva trovare una soluzione di compromesso che permettesse di giungere all’unificazione legislativa senza ledere gli interessi delle autonomie locali.

Del resto, lo rileva sempre MECCARELLI, «la posta in gioco era alta e le soluzioni ancora da divenire» soprattutto per la molteplicità delle implicazioni che la scelta per l’assetto della magistratura suprema avrebbero potuto comportare, e che riguardavano in particolare: «sul piano politico, direttamente il programma dell’unificazione; sul piano giuridico culturale[,] la sorte della tradizione di diverse regioni d’Italia; sul piano ordinamentale (...) i meccanismi fondamentali della chiusura del sistema e del controllo di legalità; sul piano costituzionale infine il rapporto tra i poteri dello Stato e il territorio»<sup>159</sup>.

Tale contesto spiega quindi la particolare cautela con la quale il Legislatore post-unitario *scelse* il modello a Cassazione se, s’intende, si considerasse in termini di vera e propria “scelta” quell’operazione di politica legislativa nota anche sotto il nome di “Piemontesizzazione”. Non deve infatti essere dimenticato il fatto che, lo ricorda SANDULLI, «lo Stato italiano non si affermò quale Stato nuovo: alla base dell’unità d’Italia non vi fu alcun processo fondativo o costituente e, anzi, la linea cavouriana fu proprio quella della continuità istituzionale tra il Regno di Sardegna e Regno d’Italia, una sorta di traslazione della monarchia e dell’apparato istituzionale e amministrativo sabaudo all’intero territorio della penisola, per via di successive annessioni»<sup>160</sup>. L’adozione del modello a Cassazione parrebbe quindi prefigurarsi, più che il frutto di una scelta *italiana*, un *obiettivo* che la politica accentratrice del governo subalpino voleva realizzare ed estendere al neonato Regno d’Italia e che trovava, in quelle che si sono definite come le

---

<sup>157</sup> Cfr. MECCARELLI M., *Le corti di cassazione nell’Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 2.

<sup>158</sup> *Ibid.*

<sup>159</sup> *Ivi*, p. 16.

<sup>160</sup> Cfr. SANDULLI A. – VESPERINI G., *L’organizzazione dello Stato unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2011, pp. 47 ss., spec. p. 47.



“esigenze italiane”, le condizioni che ne impedivano il concreto ed immediato raggiungimento. Se è certo infatti che l’istituzione di un unico organo di Cassazione operante sull’intero territorio neo-unificato fosse uno dei punti fermi del programma politico della Destra storica, è altrettanto certa l’impossibilità pratica che le difficoltà tecnico-logistiche e le resistenze dei ceti forensi ponevano circa la sua attuazione<sup>161</sup>.

In questo contesto non devono quindi stupire le incongruenze di quella che si configurò come una “soluzione provvisoria” la quale, da un lato, estendeva all’intero territorio italiano le legislazioni subalpine, strutturate per regolare un’unica Cassazione – quella sabauda – e, dall’altro, manteneva in attività le Corti di Cassazione operanti nella Penisola prima dell’unificazione. Per quanto riguarda quest’ultimo profilo si avrà successivamente modo di analizzare le ragioni per le quali tale sistema, che avrebbe dovuto caratterizzarsi per la propria *transitorietà*, si vedrà mantenuto per ben un sessantennio, ossia fino all’unificazione nella Corte di Cassazione di Roma attuata, sotto il Regime, con il R. D. 24 marzo 1923, n. 601<sup>162</sup>.

Per il momento appare invece opportuno soffermarsi sul primo profilo caratterizzante il sistema transitorio, ossia sulla disciplina legislativa che, estendendosi all’intero territorio del Regno, passò dal regolare la sola Cassazione sabauda al disciplinare tutte e quattro le Cassazioni regionali del Regno d’Italia, divenute successivamente cinque con l’istituzione di quella romana nel 1875<sup>163</sup>.

---

<sup>161</sup> In merito v. D’ADDIO M., *Politica e magistratura (1848-1876)*, Giuffrè, Milano 1966, p. 108, secondo il quale di ciò «è una prova sicura una lettera del 2 marzo 1861 di Cassinis, allora ministro della giustizia, a Cavour, dalla quale risulta la decisa volontà del conte di provvedere immediatamente al riconoscimento della Cassazione di Milano come unico supremo tribunale, sopprimendo nel contempo le cassazioni degli ex Stati Firenze, Napoli, Palermo. La proposta di Cavour incontrò insormontabili difficoltà di attuazione, data la pratica impossibilità di concentrare nella cassazione di Milano gli affari giudiziari di tutta Italia: le parti abituate (...) a veder risolte in modo definitivo le cause nell’ambito regionale, avrebbero dovuto intraprendere lunghi e costosi viaggi. A Milano poi, magistrati esperti solamente nelle leggi piemontesi e lombarde avrebbero dovuto giudicare controversie che per la maggior parte erano sorte sotto le leggi (...) [degli stati preunitari]. Di questa impossibilità si rendeva interprete lo stesso Cassinis, che fra l’altro osservava a Cavour come, in un momento in cui il governo era impegnato in una politica “discentralizzatrice”, non convenisse sostenere l’immediata unificazione delle corti di cassazione». La lettera in questione è riportata tra i carteggi di Cavour ne *La liberazione del Mezzogiorno e la formazione del Regno d’Italia*, vol. IV, Zanichelli, Bologna, 1929, p. 347.

<sup>162</sup> Art. 1, R.D. 24 marzo 1923, n. 601: “1. Le Corti di cassazione di Firenze, Napoli, Palermo e Torino sono soppresse. 2. La Corte di cassazione di Roma eserciterà tutte le attribuzioni ora spettanti alle altre Corti soppresse e prenderà il nome di Corte di cassazione del Regno”, v. R.D. 24 marzo 1923, n. 601, pubblicato nella Gazzetta ufficiale del Regno d’Italia, n. 92 del 19 aprile 1923, p. 3117 [consultabile online nell’archivio della Gazzetta Ufficiale Storica: <http://augusto.digitpa.gov.it/>].

<sup>163</sup> Art. 1.1, L. 12 dicembre 1875, n. 2837: “Sino a che sia riordinata la suprema magistratura del Regno, il Governo del Re è autorizzato ad istituire due sezioni temporanee di Corte di cassazione in Roma, l’una per gli affari civili e l’altra per gli affari penali, per agevolare la spedizione degli affari civili e penali presso le altre Corti” v. L. 12 dicembre 1875, n. 2837 pubblicata nella G.U. del Regno d’Italia, n. 300 del 27 dicembre

Per individuare gli esatti termini di tale estensione, definita da TARUFFO come «automatica ed indiscriminata»<sup>164</sup>, occorre invero guardare a quella che era, *ab origine*, la disciplina preunitaria della Cassazione torinese ed operare un breve confronto tra essa e quella successivamente dettata con la redazione, nel 1865, del codice di procedura civile<sup>165</sup> e dell'ordinamento giudiziario dell'Italia unificata<sup>166</sup>.

## 2.1. (segue) *La disciplina sabauda in tema di Cassazione dal 1847 al 1859*

Nel Regno di Sardegna l'istituto della Cassazione fu introdotto da Sua Maestà Carlo Alberto con il Regio Editto 30 ottobre 1847, n. 638<sup>167</sup> il quale istituiva a Torino un Magistrato di Cassazione con il compito di «mantenere l'unità dei principii e di ricondurre costantemente all'eseguimento delle leggi tutte le parti dell'ordine giudiziario che tendessero a deviarne»<sup>168</sup>. Così come la riformata disciplina francese del 1837, il Regio

---

1875, p. 7667 [consultabile online nell'archivio della Gazzetta Ufficiale Storica: <http://augusto.digitpa.gov.it/>].

<sup>164</sup> Cfr. TARUFFO M., *Cassazione e revisione*, in *Il vertice ambiguo*, op. cit., p. 31. Il metodo di estensione della propria legislazione adottato dal governo piemontese al fine di unificare a livello legislativo il Regno d'Italia è particolarmente evidente per quanto riguarda la disciplina della Cassazione ove, afferma ancora il TARUFFO, il fatto che si operi «una pura e semplice sovrapposizione della legislazione piemontese alle legislazioni preunitarie è dimostrato non solo dal fatto che l'estensione della Cassazione elimina i vecchi sistemi di revisione o misti, ma soprattutto dal fatto che il modello piemontese della Cassazione annulla la diversa disciplina dello stesso istituto presente in altri ordinamenti preunitari. (...) Il codice di procedura civile del 1859, e poi il codice unitario del 1865 non recepiscono né il più arretrato sistema napoletano [che manteneva il *référé* dopo il terzo ricorso] né il più maturo sistema toscano [che prevedeva il vincolo per il giudice di merito sul punto di diritto già al primo ricorso], ma il più immediato precedente francese del 1837 cui si ispirava la legge piemontese del 1847» [cfr. TARUFFO M., *Cassazione e revisione*, in *Il vertice ambiguo*, op. cit., p. 32].

<sup>165</sup> Codice di procedura civile del Regno d'Italia del 25 giugno 1865, Stamperia Reale, Milano, 1865, v. link: [http://books.google.it/books?id=\\_voKAAAYAAJ&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false](http://books.google.it/books?id=_voKAAAYAAJ&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false). Al codice di procedura civile del Regno d'Italia del 25 giugno 1865 si farà successivamente riferimento nella forma abbreviata di: «c.p.c. 1865».

<sup>166</sup> R.D. 6 dicembre 1865, n. 2626, *Legge sull'ordinamento giudiziario*, pubblicato, per la parte che ci interessa, in G.U. del Regno n. 320 del 12 dicembre 1865 (artt. 1-92); n. 321 del 13 dicembre 1865 (artt. 93-233). Il testo integrale del decreto è riportato nella raccolta *I codici del Regno d'Italia: aggiuntevi in supplemento tutte le legislazioni riguardanti l'ordinamento giudiziario e le funzioni della giustizia civile e penale*, Stamperia Governativa, Napoli, 1866, p. 532, consultabile online alla pagina web: <http://books.google.it/books?id=Kj80BeSovBgC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>.

<sup>167</sup> Al Regio Editto 30 ottobre 1847, n. 638, *S.M. stabilisce un Magistrato di cassazione, ne determina le attribuzioni, ed approva l'annesso Regolamento relativo alla procedura avanti lo stesso magistrato*, si farà successivamente riferimento nella forma abbreviata: «R.E. del 1847». Il testo del decreto è pubblicato nella *Collezione Celerifera delle leggi pubblicate nell'anno 1847 e altre anteriori*, Fratelli Favale, Torino, 1847, p. 645 ss; per una versione commentata v. anche ARRÒ F., *Del magistrato di cassazione, commento al Regio Editto 30 ottobre 1847 ed all'annesso regolamento*, Fratelli Favale, Torino, 1848, consultabile online: [http://books.google.it/books?id=9OMsAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=it&source=gbs\\_ge\\_summy\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](http://books.google.it/books?id=9OMsAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=it&source=gbs_ge_summy_r&cad=0#v=onepage&q&f=false).

<sup>168</sup> Cfr. Prologo all'Editto, in R.E. del 1847, in *Collezione celerifera*, op. cit., p. 645.

Editto del 1847, e l'annesso Regolamento sabaudo, individuavano nel Magistrato di Cassazione un mezzo straordinario per impugnare le sentenze emesse in ultima istanza da giudici inferiori (art. 10)<sup>169</sup> che contenessero, ai sensi del primo comma dell'art. 16<sup>170</sup>, una «formale violazione della legge» la quale, una volta riconosciuta, portava all'annullamento con rinvio della decisione giudiziaria (art. 19, commi 3 e 4) valendo, anche per il Magistrato di Cassazione subalpino, il divieto di accesso al merito degli affari innanzi a lui recati (art. 19, comma 1)<sup>171</sup>.

L'analisi relativa alla disciplina positiva delineata dall'Editto istitutivo del 1847 che, non costituendosi quale ultimo riferimento normativo – su di un piano cronologico – della normativa sabauda in tema di Cassazione, potrebbe risultare in un certo senso “superflua”, appare invece particolarmente utile al fine di testimoniare come, anche per quanto concerne la disciplina subalpina, si assistette alla medesima deviazione che caratterizzò il *Tribunal de cassation* in Francia.

Se si volesse procedere ad un confronto tra la disciplina sabauda del 1847 – istitutiva del Magistrato di Cassazione piemontese – e quella immediatamente preunitaria del 1859, si potrebbe infatti notare quello stesso ampliamento, nei motivi di ricorso, che la prassi giudiziaria francese aveva contribuito a riconoscere sul piano positivo d'Oltralpe e ciò sia per quanto riguarda gli *errores in iudicando* che per quanto concerne quelli in *procedendo*.

---

<sup>169</sup> Art. 10, R.E. del 1847: “Non vi sarà luogo a ricorso per cassazione fuorchè contro le sentenze pronunziate in ultima istanza che non possano essere con altro mezzo impuguate”, in *Collezione celerifera*, op. cit., p. 647.

<sup>170</sup> Art. 16.1, R.E. del 1847: “In materia civile vi sarà luogo a ricorso per cassazione, sempre quando una sentenza emanata in ultima istanza conterrà una formale violazione della legge”, in *Collezione celerifera*, op. cit., p. 648.

<sup>171</sup> Art. 19.1, R.E. del 1847: “Il Magistrato di cassazione non conosce del merito degli affari dinanzi a lui recati”; Art. 19.3, R.E. del 1847: “Allorchè la sentenza annullata per altri motivi che per incompetenza sarà rimandata al Magistrato medesimo composto di Giudici che non siano concorsi a profferire la sentenza annullata”; art. 19.4, R.E. del 1847: “Il Magistrato di cassazione potrà eziandio, ove le circostanze della causa lo richiedano, rimandarla ad un Magistrato diverso da quello che profferì la sentenza annullata. Esso dovrà usar di questa facoltà colla più gran riserva, e senza pregiudizio di quanto è disposto dagli articoli 602, 603 e 604 del Codice di procedura criminale”, in *Collezione celerifera*, op. cit., p. 649. Il 5° comma dello stesso articolo prevede invero i casi di annullamento senza rinvio che poteva avvenire: a) quando l'annullamento è pronunciato per contrarietà tra giudicati; b) quando la sentenza annullata avesse revocato in grado d'appello una sentenza inappellabile; e c) in tutti gli altri casi determinati dalla legge. Particolare attenzione potrebbe essere posta a quest'ultima previsione che, nell'ammettere con una *formula aperta* – in tutti gli altri casi determinati dalla legge – un ufficio positivo dell'organo di cassazione, entrerebbe in contrasto con la *ratio* dell'istituto che limiterebbe, similmente a quanto disposto dalla *Loi 1° avril 1837*, il carattere positivo della pronuncia al solo punto di diritto e *comunque*, a seguito di una seconda cassazione pronunciata a classi riunite (art. 23, R.E. del 1847).

Preliminarmente all'analisi diacronico-comparatistica che ci si accinge ad affrontare occorre, per maggior chiarezza espositiva, riportare per intero il disposto dell'art.16 che, si è detto, individua i motivi legittimanti il ricorso per cassazione così come disciplinati dal R.E. del 1847; in particolare, la norma disponeva che: «1. In materia civile vi sarà luogo a ricorso per cassazione, sempre quando una sentenza emanata in ultima istanza conterrà una formale violazione della legge. 2. Vi ha formale violazione della legge: 1) Nel caso d'incompetenza, od eccesso di potere; 2) Se il Giudice ha profferito sentenze sopra di procedure in cui le forme siano state violate od omesse, o se egli stesso le ha violate od omesse; 3) Se egli ha pronunciato contro una disposizione espressa dalla legge; 4) Se vi ha contrarietà di giudicati profferiti tra le stesse parti e sopra gli stessi mezzi da Tribunali diversi, o da diverse classi dello stesso Tribunale. In questo caso la cassazione sarà proposta contro la seconda sentenza, come contraria alla cosa giudicata colla prima; 5) In tutti gli altri casi che saranno determinati dalla legge»<sup>172</sup>.

Ora, dalla semplice lettura della norma possono già farsi alcune primissime considerazioni ed in particolare tre sono quelle che interessano questo studio: a) la violazione delle forme processuali rientra nella più generale categoria della “formale violazione di legge”; b) l'*error in iudicando*, disciplinato ai sensi del n. 3, comma 2, dell'art. 16, sembrerebbe essere limitato agli errori di giudizio relativi alla premessa maggiore del sillogismo; c) tra gli *errores in procedendo* non si fa alcuna distinzione in termini di maggior o minor gravità della violazione od omissione, sindacabili perciò con riferimento ad *ogni* difetto di attività.

Sulla prima considerazione – *sub a)* – occorre soffermarsi giusto il tempo di riflettere sulla possibilità che, nonostante l'asserzione di apertura al Prologo del Regio Editto – “Stabilita da Noi l'uniformità della legislazione civile e criminale, restava che venisse assicurata l'uniforme applicazione della legge”<sup>173</sup> – la *ratio* sottesa all'istituzione del Magistrato di Cassazione nel Regno di Sardegna non fosse in realtà quella di garantire che la legge venisse uniformemente applicata, quanto quella di garantire che il giudice, nell'applicazione della legge, non trasgredisce alla stessa. Questa concezione, della quale si è avuto precedentemente modo di trattare<sup>174</sup>, risale a quella che, secondo parte della dottrina, spiegava la volontà dell'Assemblea Nazionale di introdurre, a fianco della

---

<sup>172</sup> Art. 16, R.E. del 1847, in *Collezione celerifera*, op. cit., p. 648.

<sup>173</sup> v. Prologo al R.E. del 1847, *ivi*, p. 645.

<sup>174</sup> v. *retro*, Cap. I, § 4.2.2.

cassazione per *contravention expresse au texte de la loi*, anche quella per *violation des formes prescrites pour la procédure*<sup>175</sup>; si fa riferimento a quella concezione, definita da CALAMANDREI come espressione di un “criterio politico”, secondo la quale alla base dell’inclusione degli *errores in procedendo* tra i vizi legittimanti il ricorso per cassazione vi fosse l’idea di dare un maggior rilievo alla *volontà* del giudice di offendere la legge rispetto alla concreta *idoneità* dell’azione di questi all’offesa. In altre parole, essendo la Cassazione francese istituita come arma della legge puntata contro il giudice, a legittimare il ricorso bastava l’individuazione circa una “trasgressione del giudice alla norma”, quantunque di natura sostanziale o processuale, essendo la violazione di una legge processuale pur sempre una “violazione di legge”.

Ebbene, tale “criterio politico” nell’individuazione dei motivi legittimanti il ricorso, se non trova coerente riscontro nella disciplina positiva francese che, si è avuto modo di vedere, attribuisce rilievo all’inosservanza delle forme processuali solo qualora queste siano prescritte a *pena di nullità*<sup>176</sup> – introducendo quindi un “criterio processuale” – pare invece essere pienamente accolto dal R.E. del 1847 il quale, ai sensi dell’art. 16, co. 2 n. 2, non solo considera positivamente ed espressamente l’*error in procedendo* una “formale violazione di legge”, ma lo conferma nella sindacabilità circa la violazione o l’omissione di *ogni* difetto di attività – *sub c*) – non richiedendo quindi, ai fini della ricorribilità in cassazione, la sanzione di nullità invece prevista dalla disciplina francese.

Un ultimo aspetto da considerare – *sub b*) – è la sindacabilità degli *errores in iudicando* che, così come disciplinata dall’art. 16, co. 2 n. 3 del R.E. del 1847<sup>177</sup>, pare essere limitata agli errori di giudizio relativi alla premessa maggiore del sillogismo.

---

<sup>175</sup> Questa in particolare era la volontà dello CHABROUX, esposta dinnanzi all’Assemblea nelle sedute del 26 maggio 1790 e del 10-11 novembre dello stesso anno [cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §173, p. 446, nota 88]. Sappiamo poi che la formula definitivamente adottata fu quella che limitava la sindacabilità degli *errores in procedendo* alla violazione delle forme procedurali previste a pena di nullità.

<sup>176</sup> L’incoerenza tra l’intendimento programmatico che sembra, secondo CALAMANDREI, sottendere alla cassabilità degli *errores in procedendo*, e la previsione positiva del Decreto istitutivo del 1790 si evince appunto nella considerazione, ai fini del ricorso, delle sole *violation des formes de procédure prescrites sous peine de nullité* la quale, nell’introdurre un “criterio processuale” di rilevanza, smentisce la considerazione per la quale «in ogni trasgressione, anche se con diversa gravità d’effetto sulla validità della costituzione processuale, esiste ugualmente grave la volontà di offendere la legge» (v. *retro*, Cap. I, nota 118).

<sup>177</sup> Art. 16.2, n. 3, R.E. del 1847: “*Se egli ha pronunciato contro una disposizione espressa dalla legge*”, in *Collezione celerifera, op. cit.*, p. 648

Certamente, ritiene ARRÒ<sup>178</sup>, «havvi contravvenzione alla legge, ossia violazione di questa, se il Giudice trascura il *testo formale*, od applica alla causa un *testo* affatto *estraneo* alla questione: in questi due casi giusto è il ricorso per cassazione» e quindi «si viola la legge, col permettere ciò che proibisce, col proibire ciò che permette, o col non fare ciò che ordina». Dal testo della norma parrebbe quindi censurabile sia la *violazione di legge*, e quindi il caso in cui il giudice avesse pronunciato in *assoluta contrarietà* al testo della norma dichiarando come inesistente una norma giuridica esistente o, al contrario, dichiarando come esistente una norma giuridica inesistente, sia una *falsa interpretazione* della stessa, ingannandosi circa ciò che, in *spirito*, la legge comandava.

Al netto di tali considerazioni, è possibile ora un confronto costruttivo tra la disciplina sabauda del 1847 e quella del 1859 evidenziando con ciò quello che si è definito come il medesimo ampliamento circa i motivi di ricorso che caratterizzò, circa mezzo secolo prima, la disciplina francese<sup>179</sup>. Innanzitutto si deve notare l'assoluta mancanza, nella disciplina subalpina del 1859, circa qualsivoglia intendimento programmatico relativo all'ufficio della Corte di Cassazione: a differenza infatti della disciplina del 1847, nella quale il Prologo al Regio Editto delineava le finalità dell'istituto, quella del 1859 non definiva né all'ordinamento giudiziario<sup>180</sup> né al codice di procedura civile<sup>181</sup> quello che doveva essere il ruolo istituzionale dell'organo di cassazione, limitandosi il primo a

---

<sup>178</sup> Cfr. ARRÒ F., *Del magistrato di cassazione*, op. cit., p. 51, consultabile online alla pagina web: [http://books.google.it/books?id=9OMsAAAAIAAJ&printsec=frontcover&hl=it&source=gsb\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](http://books.google.it/books?id=9OMsAAAAIAAJ&printsec=frontcover&hl=it&source=gsb_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false).

<sup>179</sup> Il carattere giurisdizionale dell'organo non pare essere mai messo in dubbio nella legislazione subalpina, a differenza di quella francese della quale abbiamo avvertito l'evoluzione, culminata con la l. 1° avril 1837. Anzi, la natura giurisdizionale verrà affermata positivamente con l'emanazione del R.D. sull'ordinamento giudiziario del 1859 [v. *oltre*, nota 179] il quale inserisce la Corte di Cassazione tra le autorità alle quali è affidata l'amministrazione della giustizia (Titolo I, *Disposizioni preliminari e generali*, Capo I, *Delle autorità alle quali è affidata l'amministrazione della giustizia*, art. 1).

<sup>180</sup> Regio Decreto 13 novembre 1859, n. 3781, *Regio decreto contenente l'ordinamento giudiziario e nuova circoscrizione territoriale delle Corti d'Appello, dei Tribunali e dei Mandamenti*, pubblicato sulla Gazzetta Piemontese – Giornale ufficiale del Regno [1859, Gennaio-Dicembre], n. 294 del 27 novembre 1859, consultabile online sul portale *Internet Culturale*, *Cataloghi e collezioni digitali delle biblioteche italiane*: [http://iccu01e.caspar.it/ms/internetCulturale.php?id=oai%3Awww.internetculturale.sbn.it%2FTeca%3A20%3ANT0000%3ATO00184804\\_41214&teca=MagTeca+-+ICCU](http://iccu01e.caspar.it/ms/internetCulturale.php?id=oai%3Awww.internetculturale.sbn.it%2FTeca%3A20%3ANT0000%3ATO00184804_41214&teca=MagTeca+-+ICCU). Al regio decreto 13 novembre 1859, n. 3781, si farà successivamente riferimento nella forma abbreviata di: “ord. giud. 1859”.

<sup>181</sup> Regio Decreto 20 novembre 1859, n. 3786, *portante pubblicazione ed esecuzione del nuovo codice di procedura civile*, pubblicato sulla Gazzetta Piemontese n. 92 del 17 aprile 1860, per prendere visione del testo integrale del codice v. *Codice di procedura civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, Stamperia Reale, Torino, 1859, consultabile online alla pagina web: [http://books.google.it/books?id=qe8XAAAAIAAJ&printsec=frontcover&hl=it&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](http://books.google.it/books?id=qe8XAAAAIAAJ&printsec=frontcover&hl=it&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false). Al regio decreto 20 novembre 1859, n. 3786, si farà successivamente riferimento nella forma abbreviata di: “c.p.c. 1859”.

disciplinare la composizione e la struttura organizzativa interna del collegio<sup>182</sup> e il secondo ad indicare quali fossero le regole proprie del ricorso e del procedimento dinnanzi ad esso<sup>183</sup>. Una sorta di indicazione potrebbe intravedersi nel disposto di cui all'art. 13 c.p.c. 1859, secondo cui «la Corte di cassazione conosce della violazione e della falsa applicazione della legge»<sup>184</sup> ma, s'intende, la norma parrebbe, sia per la formulazione letterale sia per la collocazione sistematica nel Capo relativo alla "competenza", indicare il solo ambito di cognizione del Supremo collegio senza peraltro conferirgli un ruolo istituzionale specifico, per l'enunciazione del quale si dovrà aspettare l'emanazione del Regio Decreto sull'ordinamento giudiziario post-unitario<sup>185</sup>, nel cui contesto l'art. 122 definirà la Corte di Cassazione come «istituita per mantenere l'esatta osservanza delle leggi»<sup>186</sup>.

A prescindere dalla mancanza, nella disciplina sabauda del 1859, di qualsivoglia indicazione relativa alla funzione istituzionale della Corte di Cassazione, le differenziazioni più caratteristiche che le due normative hanno maturato in poco più di un decennio riguardano invece i motivi di ricorso, che si vedono disciplinati nella normativa risultante dal combinato disposto degli artt. 586 e 588 c.p.c. 1859 sensibilmente ampliati rispetto a quella prospettata dall'art. 16 del R.E. del 1847. Per ragioni di chiarezza argomentativa si ritiene di riportare, anche in questa sede, il testo integrale di quelle che

---

<sup>182</sup> Artt. 89-92, Capo V, *Della Corte di cassazione*, ord. giud. 1859, in Gazzetta Piemontese n. 294 del 27 novembre 1859.

<sup>183</sup> Artt. 586 ss, Titolo III, *Del ricorso e del modo di procedere innanzi alla Corte di cassazione*, Libro V, *Dei mezzi di impugnare le sentenze*, c.p.c. 1859, in *Codice di procedura civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, op. cit., p. 200 ss, consultabile online alla pagina web: [http://books.google.it/books?id=qe8XAAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=it&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](http://books.google.it/books?id=qe8XAAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=it&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false). Il Titolo III si divideva a sua volta in tre diversi capi: Capo I, *Del ricorso in cassazione* (artt. 586-596); Capo II, *Del modo di procedere innanzi alla Corte di cassazione* (artt. 597-634); Capo III, *Del recesso dalle dimande in cassazione e del ritiro delle carte* (artt. 635-639).

<sup>184</sup> Art. 13, Capo I, *Della competenza*, Titolo I, *Della competenza e dei modi per determinarla*, Libro I, *Della competenza, dei modi di determinarla e dei conflitti di giurisdizione*, c.p.c. 1859, in *Codice di procedura civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, op. cit., p. 5.

<sup>185</sup> Regio Decreto 6 dicembre 1865, n. 2626, *Legge sull'ordinamento giudiziario*, pubblicato, per la parte che ci interessa, in G.U. del Regno n. 320 del 12 dicembre 1865 (artt. 1-92); n. 321 del 13 dicembre 1865 (artt. 93-233). Il testo integrale del decreto è riportato nella raccolta *I codici del Regno d'Italia: aggiunte in supplemento tutte le legislazioni riguardanti l'ordinamento giudiziario e le funzioni della giustizia civile e penale*, Stamperia Governativa, Napoli, 1866, p. 532, consultabile online alla pagina web: <http://books.google.it/books?id=Kj80BeSovBgC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>. Al regio decreto 6 dicembre 1865, n. 2626 si farà successivamente riferimento nella forma abbreviata di: "ord. giud. 1865".

<sup>186</sup> Art. 122, Capo VII, *Della Corte di cassazione*, Titolo II, *Dei giudici*, ord. giud. 1865: "La corte di cassazione è istituita per mantenere l'esatta osservanza delle leggi" in *I codici del Regno d'Italia*, op. cit., p. 541, consultabile online alla pagina web: <http://books.google.it/books?id=Kj80BeSovBgC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>.



abbiamo definito come le norme di riferimento della disciplina del 1859, ossia degli artt. 586 e 588 c.p.c. 1859.

Per quanto concerne l'art. 586 c.p.c. 1859, la norma si limitava ad individuare l'ambito di cognizione della Corte di Cassazione, disponendo che *«Le sentenze pronunciate in ultima istanza in materia civile ed in materia commerciale, le quali contengano una formale violazione od una falsa applicazione della legge, possono essere impugnate mediante ricorso in cassazione con cui se ne addimandi l'annullamento»*<sup>187</sup>; l'art. 588 c.p.c. 1859 specificava poi al primo comma cosa dovesse intendersi per “formale violazione della legge” e al secondo comma cosa dovesse intendersi per “falsa applicazione della legge”, disponendo in particolare che: *«1. Vi ha formale violazione della legge: 1) Nel caso d'incompetenza quando un'Autorità giudiziaria pronuncia in causa, la cui cognizione spetta ad altra Autorità giudiziaria; 2) Nel caso di eccesso di potere quando l'Autorità giudiziaria conosce di causa la cui cognizione non è attribuita all'Autorità giudiziaria, o dà provvedimenti che eccedono le facoltà di cui è investita l'Autorità medesima; 3) Quando la sentenza contiene una pronuncia contraria ad una disposizione espressa della legge; 4) Quando l'Autorità giudiziaria pronuncia sentenze sovra procedure nelle quali siano state violate od omesse forme prescritte dalla legge sotto pena di nullità, o quando l'Autorità giudiziaria che pronunciò la sentenza le ha violate od omesse, e contro le violazioni od omissioni da essa commesse non è dalla legge conceduta la dimanda di revocazione; 5) Quando vi ha contrarietà di giudicati proferiti tra le stesse parti e sovra gli stessi mezzi da Tribunali diversi. In questo caso il ricorso in cassazione è concesso solo contro la seconda sentenza come contraria alla cosa giudicata con la prima; 6) In tutti gli altri casi che sono specialmente determinati dalle leggi. 2. Havvi falsa applicazione della legge quando una disposizione generale fu applicata a caso sottratto per legge dal dominio di quella disposizione, o quando una disposizione eccezionale fu applicata a casi a cui non si estende»*<sup>188</sup>.

---

<sup>187</sup> Art. 586, Capo I, *Del ricorso in cassazione*, Titolo III, *Del ricorso e del modo di procedere dinanzi alla Corte di cassazione*, Libro V, *Dei mezzi di impugnare le sentenze*, c.p.c. 1859, in *Codice di procedura civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, op. cit., p. 200, consultabile online alla pagina web: [http://books.google.it/books?id=qe8XAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=it&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](http://books.google.it/books?id=qe8XAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=it&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false).

<sup>188</sup> Art. 588, Capo I, *Del ricorso in cassazione*, Titolo III, *Del ricorso e del modo di procedere dinanzi alla Corte di cassazione*, Libro V, *Dei mezzi di impugnare le sentenze*, c.p.c. 1859, in *Codice di procedura civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, op. cit., p. 201-202, consultabile online alla pagina web: [http://books.google.it/books?id=qe8XAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=it&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](http://books.google.it/books?id=qe8XAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=it&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false).



Per quanto riguarda gli *errores in procedendo* la disciplina del 1859, così come quella del 1847, fa rientrare il sindacato sulla violazione od omissione delle forme procedurali entro la più generale categoria della “formale violazione di legge” – art. 588, co. 1, n. 4 – ma, a differenza del disposto di cui all’art. 16, co. 2 n. 2, limita la censurabilità solo alla violazione od omissione di quelle forme processuali ritenute di maggior spessore, in altre parole, a quelle forme previste a pena di *nullità*. Ora, se per onestà intellettuale bisognerebbe ammettere che la previsione in esame non costituisca un vero e proprio ampliamento, strutturandosi più in termini di *limitazione*, occorre però sottolineare come, seppur non “ampliato”, il sindacato della Corte di Cassazione viene con questa norma ad essere parzialmente “trasfigurato”. Sulla cassabilità delle violazioni circa forme processuali previste a pena di nullità si è già detto in precedenza con riguardo alla disciplina francese; in questa sede basti ricordare come il consentire ad un organo di nomofilachia – qui intesa nel senso *originale* del termine, ossia di “custodia delle legge” – di valutare le irregolarità formali del processo sanzionate a pena di nullità, comporti una “deviazione” rispetto a quello che comunemente viene inteso come il suo ufficio che, dall’essere posto a servizio e a tutela della legge, finiva col «porsi al servizio della giustizia, in quanto, col garantire ai litiganti la regolarità delle forme processuali, assicurava ad essi il retto funzionamento dello strumento attraverso il quale la giustizia viene resa»<sup>189</sup>.

Per quanto invece concerne gli *errores in iudicando* si assiste invece ad un vero e proprio ampliamento che, dalla sindacabilità ai soli errori di giudizio relativi alla premessa maggiore del sillogismo prevista *ex art.* 16, co. 2, n. 3 R.E. del 1847, si estende – nel disposto di cui agli artt. 586 e 588.2 c.p.c. 1859 – alla censurabilità anche degli errori di giudizio *in iure* relativi alla premessa minore. Anche delle conseguenze relative all’inclusione circa la falsa applicazione di legge entro i motivi legittimanti il ricorso in cassazione si è avuto precedentemente modo di trattare, e a quella sede<sup>190</sup> pare opportuno rimandare al fine di evitare ulteriori ripetizioni; qui basti considerare solo come, nell’arco di poco più che un decennio, anche la disciplina sabauda vide il medesimo ampliamento vissuto dalla *Cour de cassation* di Francia, con l’unica distinzione che, se in quest’ultima lo stesso si sviluppò esclusivamente a livello di prassi giudiziaria, per quanto concerne la

---

<sup>189</sup> v. *retro*, Cap. I, nota 110.

<sup>190</sup> v. *retro*, Cap. I, § 5.2.

Cassazione subalpina fu il frutto di una scelta positiva o quantomeno normativamente tradotta.

Per quanto poi riguarda l'assetto procedimentale dinanzi alla Corte di Cassazione piemontese<sup>191</sup> la disciplina del 1859 recepisce in modo pressoché identico quelle che erano le disposizioni indicate dal R.E. del 1847: anche nel c.p.c. del 1859, infatti, il ricorso per cassazione era considerato un mezzo straordinario d'impugnazione (art. 586 c.p.c. 1859) che, qualora non venisse rigettato, portava alla cassazione con rinvio della sentenza impugnata (art. 592 c.p.c. 1859)<sup>192</sup> non potendo la Corte scendere nel merito della questione (art. 591, comma 1, c.p.c. 1859)<sup>193</sup>.

Alcune novità si evincono invero per ciò che concerne la disciplina del rinvio ove il secondo comma dell'art. 592 c.p.c. 1859 prevedeva che il rinvio fosse disposto ad un ufficio giudiziario *diverso*, anche se di pari grado, rispetto a quello che profferì la sentenza annullata, a differenza invece di quanto disponeva l'art. 19, comma 3, del R.E. del 1847 secondo cui il rinvio doveva essere effettuato al medesimo Tribunale di merito che statuí sulla decisione cassata purché in diversa composizione giudicante<sup>194</sup>.

Diverso appare invece il caso in cui il rinvio venisse disposto a seguito di una seconda cassazione, da parte delle Sezioni unite, circa la medesima sentenza, tra le medesime parti ed annullata per i medesimi motivi per cui fu cassata la prima; in tal caso era infatti lasciata

---

<sup>191</sup> Il termine "piemontese" si utilizza in questa sede in senso *politico* e non già in senso *geografico* essendo la sede della Cassazione subalpina, al momento storico cui ora ci si riferisce, momentaneamente spostata da Torino a Milano [art. 89.1, ord. giud. 1859: "*La Corte Suprema di Cassazione ha la sua sede nella città di Milano*"].

<sup>192</sup> Art. 592, c.p.c. 1859: "*1. Quando la Corte di cassazione annulla una sentenza per causa d'incompetenza di chi la pronunciò, rimanda la causa all'Autorità competente. 2. Quando annulla una sentenza per altri motivi, rimanda la causa ad altra Autorità giudiziaria dello stesso grado nella gerarchia giudiziaria e della stessa qualità di quella la cui sentenza fu annullata, e la designa nominativamente nella sentenza. 3. Il rinvio però non è dalla Corte ordinato: 1) Quando essa annulla una sentenza per contrarietà di giudicati, nel qual caso avrà esecuzione la prima sentenza; 2) quando annulla una sentenza per aver rivotato in appello una sentenza passata in giudicato, nel qual caso questa sortirà la sua esecuzione; 3) Quando annulla una sentenza per il motivo che l'Autorità giudiziaria non poteva provvedere e pronunciare; 4) In tutti gli altri casi nei quali è così specialmente disposto dalle leggi*", in *Codice di procedura civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, op. cit., pp. 203-204.

<sup>193</sup> Art. 591.1, c.p.c. 1859: "*La Corte di cassazione non conosce del merito degli affari recati innanzi ad essa*", in *Codice di procedura civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, op. cit., p. 203.

<sup>194</sup> v. *retro*, nota 27. La disciplina sul rinvio del 1859 si pone in termini assolutamente opposti rispetto a quella che era la disciplina del 1847 ove il rinvio alla medesima Autorità giudiziaria era considerata come "la regola" (art. 19, comma 3) mentre il rinvio a diversa autorità come "l'eccezione" (art. 19, comma 4). L'assetto delineato dal c.p.c. 1859 appare invece strutturato sulla logica opposta essendo il rinvio alla medesima Autorità giudiziaria "l'eccezione" (art. 593, comma 3, v. *oltre*, nota 194) e il rinvio a diversa Autorità giudiziaria, la "regola" (art. 592, comma 2, v. *retro*, nota 191).

al Supremo collegio la facoltà di rimandare il giudizio innanzi all'Autorità giudiziaria che pronunciò la sentenza annullata (art. 593, comma 3, c.p.c. 1859)<sup>195</sup>.

Occorre infine sottolineare come, parallelamente a quanto previsto all'art. 23 R.E. del 1847<sup>196</sup>, anche la disciplina del 1859 recepiva l'impostazione francese del 1837<sup>197</sup> sull'obbligo di conformità, per il giudice di rinvio, alla decisione sul punto di diritto pronunciata a seguito della seconda cassazione dalle Sezioni unite della Corte.

Ai sensi dell'art. 593.1 c.p.c. 1859<sup>198</sup> infatti qualora, a seguito di una prima cassazione, fosse riproposto ricorso contro la sentenza pronunciata nel giudizio di rinvio sulla base dei medesimi motivi sui quali si era fondato il primo ricorso, sul secondo avrebbe pronunciato la Corte a Sezioni unite e, nel caso in cui queste avessero statuito per una seconda cassazione, nel secondo giudizio di rinvio, ai sensi dell'art. 593.2 c.p.c. 1859<sup>199</sup>, il giudice di merito si sarebbe dovuto conformare alla decisione sul punto di diritto così deciso dal Supremo collegio.

---

<sup>195</sup> Art. 593.3 c.p.c. 1859: “Sarà in facoltà della Corte, secondo le circostanze, di rinviare in questo caso la causa alla stessa Autorità che avrà pronunciata la sentenza annullata” in *Codice di procedura civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, op. cit., p. 205.

<sup>196</sup> Art. 23, R.E. del 1847: “1. Allorquando, dopo la cassazione di una prima sentenza pronunciata inappellabilmente, la seconda sentenza profferita nella medesima causa, fra le stesse parti che agiscono nella stessa qualità, sarà impugnata per gli stessi motivi proposti contro la prima, il Magistrato di cassazione pronuncerà a classi unite. 2. Se la seconda sentenza è annullata per gli stessi motivi per cui fu annullata la prima, dovranno osservarsi, in materia civile, come nella criminale, le regole stabilite ne' 1° e 2° alinea dell'art. 616 del Codice di procedura criminale”, in *Collezione celerifera*, op. cit., p. 650. L'art. 616 del Codice di procedura criminale citato – ossia il Regio Editto 30 ottobre 1847, n. 639 – prevedeva che: “1. Allorquando, dopo la cassazione di una prima sentenza pronunciata inappellabilmente, la seconda sentenza profferita nella medesima causa, fra le stesse parti che agiscono nella stessa qualità, sarà impugnata per gli stessi motivi proposti contro la prima, il Magistrato di cassazione pronuncerà con tutti i membri che lo compongono. 2. Se la seconda sentenza è annullata per gli stessi motivi per cui fu annullata la prima, il Magistrato od il Tribunale, al quale è stata rimandata la causa, si uniformerà alla sentenza del Magistrato di cassazione sull'articolo di diritto da essa deciso”, in *Codice di procedura criminale per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, Stamperia Reale, Torino, 1847, p. 189, consultabile online alla pagina: [http://books.google.it/books?id=zJ5TAAAcAAJ&pg=PA259&hl=it&source=gbv\\_selected\\_pages&cad=2#v=onepage&q&f=false](http://books.google.it/books?id=zJ5TAAAcAAJ&pg=PA259&hl=it&source=gbv_selected_pages&cad=2#v=onepage&q&f=false).

<sup>197</sup> v. artt. 1.1 e 2.1 della l. 1 aprile 1837, retro, nota 144.

<sup>198</sup> Art. 593.1, c.p.c. 1859: “Allorquando dopo la cassazione di una prima sentenza, la seconda pronunciata dall'Autorità, a cui fu rinviata la causa, fra le stesse parti che agiscono nella stessa qualità viene impugnata per gli stessi motivi che furono proposti contro alla prima, la Corte di cassazione pronunzia a Sezioni unite” in *Codice di procedura civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, op. cit., p. 204.

<sup>199</sup> Art. 593.2, c.p.c. 1859: “Se la seconda sentenza viene annullata per gli stessi motivi per cui fu annullata la prima, l'Autorità giudiziaria a cui sarà rinviata la causa sarà tenuta ad uniformarsi alla decisione della Corte di cassazione sul punto di diritto che questa avrà giudicato”, in *Codice di procedura civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, op. cit., p. 204.

## 2.2. Dalla normativa preunitaria del 1859 alla disciplina italiana del 1865

Sin qui si è cercato di dar conto dell'evoluzione positiva che caratterizzò la disciplina sabauda in tema di Cassazione nel periodo immediatamente precedente all'unificazione nazionale. Consapevoli quindi di come concretamente fosse disciplinata la Corte di Cassazione subalpina è possibile ora intendere fino a che punto si possa effettivamente riferirsi alla legislazione italiana post-unitaria del 1865 in termini di «pura e semplice sovrapposizione della legislazione piemontese alle legislazioni preunitarie»<sup>200</sup>.

In tal senso occorre da subito premettere che, nonostante si riconosca la veridicità storica di tale affermazione, sostenuta da TARUFFO e altri autorevoli esponenti di dottrina, alcune disposizioni del codice di procedura civile del 1865<sup>201</sup> sembrano comunque risentire del dibattito che sulla Magistratura suprema si sviluppò a partire dagli anni Sessanta del XIX sec.

Da un lato, infatti, alcun dubbio può prospettarsi in merito al metodo “estensivo” posto in essere dal Governo piemontese nell'operazione di unificazione legislativa del Regno d'Italia che trova, secondo TARUFFO, particolare conferma in materia di Cassazione ove il modello piemontese non solo elimina, sostituendosi ad essi, i sistemi misti o di revisione adottati da alcuni ordinamenti di quelli che erano gli Stati preunitari ma si sovrappone altresì a quelli che erano, anch'essi, modelli a Cassazione. La prova di tale “imposizione”, priva di qualsivoglia dialogo, viene offerta da TARUFFO proprio con riguardo alla disciplina dell'obbligo di conformità al *dictum* in diritto della Corte rispetto al quale il codice di procedura civile del 1865, all'art. 547<sup>202</sup>, ripeteva *sic et simpliciter*, quello che era il disposto di cui all'art. 593 c.p.c. 1859, dimostrando così di non recepire «né il più arretrato sistema napoletano [che manteneva il *référé* dopo il terzo ricorso] né il più maturo sistema toscano [che prevedeva il vincolo per il giudice di merito sul punto di diritto già al primo

---

<sup>200</sup> v. *retro*, nota 163.

<sup>201</sup> v. *retro*, nota 164.

<sup>202</sup> Art. 547, c.p.c. 1865: “1. Quando dopo la cassazione di una prima sentenza, la seconda, pronunciata dall'autorità a cui fu rinviata la causa tra le stesse parti che agiscono nella stessa qualità, sia impugnata per gli stessi motivi proposti contro la prima, la corte pronunzia a sezioni riunite. 2. Se la seconda sentenza sia cassata per gli stessi motivi per cui fu cassata la prima, l'autorità giudiziaria a cui è rinviata la causa deve conformarsi alla decisione della corte di cassazione sul punto di diritto, sul quale essa ha pronunciato” in *Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, op. cit., p. 162 consultabile online alla pagina: <http://books.google.it/books?id=voKAAAYAAJ&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>. Per un confronto con il disposto dell'art. 593 c.p.c. 1859 v. *retro*, note 197 e 198.

ricorso], ma il più immediato precedente francese del 1837 cui si ispirava la legge piemontese del 1847»<sup>203</sup>.

Dall'altro lato, però, almeno nell'ordine di tre sono le novità che la disciplina italiana del 1865 presenta rispetto a quella sabauda del 1859, ossia: a) l'ordinamento giudiziario italiano indica quale debba essere il ruolo istituzionale attribuito alla Corte; b) il codice di procedura civile non richiama l'espresso divieto per l'organo di Cassazione di accesso al merito; c) l'assetto, delineato dall'art. 517 c.p.c. 1865, circa i motivi legittimanti il ricorso, si vede ulteriormente modificato, se non ampliato.

Per quanto concerne il ruolo istituzionale – *sub a)* – il disposto di cui all'art. 122 ord. giud. 1865<sup>204</sup>, introduttivo del Capo VII, *Della Corte di cassazione*, introduce una assoluta novità rispetto alla disciplina sabauda del 1859 la quale, si è avuto modo di vedere, non dettava alcuna indicazione programmatica relativa all'ufficio istituzionale che doveva rivestire l'organo di Cassazione nel panorama ordinamentale. La previsione secondo la quale «*La corte di cassazione è istituita per mantenere l'esatta osservanza delle leggi*» rappresenta quindi un *novum* normativo italiano<sup>205</sup> che trova solo un riscontro parziale nella legislazione sabauda del 1847 ove, lo si vuole ricordare, il Magistrato di Cassazione era istituito per «mantenere l'unità dei principii e (...) ricondurre costantemente all'eseguimento delle leggi tutte le parti dell'ordine giudiziario che tendessero a deviarne». Rispetto infatti all'indicazione prospettata nel Prologo al R.E. del 1847, il disposto dell'art. 122 ord. giud. 1865 non solo non fa riferimento al mantenimento circa «*l'unità dei principii*», che potrebbe in un certo senso corrispondere, a nostro avviso, a quella che oggi viene definita come «l'unità del diritto obiettivo nazionale», ma individua lo scopo della Cassazione in qualcosa di *diverso* rispetto al mero controllo circa l'*esecuzione* della legge da parte di *tutte* le parti dell'ordine giudiziario. Se anche se si volessero considerare, infatti, i termini «osservanza» ed «esecuzione» come sinonimi e dare per implicito, nel disposto dell'art. 122 ord. giud. 1865, la *destinazione* ai giudici circa l'*osservanza* della legge, la norma dell'ordinamento giudiziario unitario parrebbe pretendere dall'ufficio delle Corti *qualcosa in più*: l'art. 122 ord. giud. 1865 non istituisce infatti la Cassazione per mantenere

---

<sup>203</sup> Cfr. TARUFFO M., *Cassazione e revisione*, in *Il vertice ambiguo*, op. cit., p. 32, v. retro, nota 163.

<sup>204</sup> Ossia il R.D. 6 dicembre 1865, n. 2626, v. retro, nota 184.

<sup>205</sup> In verità un precedente dell'art. 122 si ritrova, secondo TARUFFO, «nelle leggi napoletane del 1808 e del 1817 sull'ordinamento giudiziario, nelle quali si parla appunto della funzione di “mantenere l'esatta osservanza delle leggi”» cfr. TARUFFO M., *La Corte di cassazione e la legge*, in *Il vertice ambiguo*, op. cit., pp. 59 ss, spec. p. 62.

l'osservanza della legge, ma per mantenere l'*esatta* osservanza della legge. Sulle implicazioni derivanti dall'utilizzo di tale specifica terminologia si avrà modo di tornare, in questa sede basti semplicemente considerare come, rispetto alla disciplina sabauda del 1859, l'ordinamento giudiziario italiano del 1865 non solo dia una positiva indicazione su quello che doveva essere lo *scopo* delle Cassazioni, ma lo definisce in modo particolarmente specifico se non alquanto peculiare.

Per quanto invece concerne la disciplina post-unitaria delineata dal codice di procedura civile, le innovazioni che ci interessa trattare rispetto alla normativa dettata dal c.p.c. del 1859 si riducono, come anticipato, all'assoluta mancanza, nel c.p.c. del 1865, di una specifica norma che ponga un esplicito divieto per gli organi di Cassazione di accedere al merito – *sub b)* – e l'introduzione, all'art. 517 c.p.c. 1865, di ulteriori motivi di ricorso – *sub c)* – non previsti in quella che era la disciplina risultante dal combinato disposto degli artt. 586 e 588 c.p.c. 1859.

In relazione alla prima di tali innovazioni non ci si soffermerà a lungo, soprattutto a ragione del fatto che chi scrive per prima non è riuscita a darsi una spiegazione del tutto convincente sulla questione: da un lato infatti, la constatazione di come, già all'epoca, le Corti di Cassazioni tendessero ad accedere surrettiziamente al merito degli affari innanzi a loro recati sembrerebbe trovare una sorta di "legittimazione" nell'eliminazione del corrispettivo divieto positivamente imposto; dall'altro, la netta separazione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto, con il conseguente impedimento per il giudice di Cassazione di pronunciare nel merito della controversia, rimangono principi radicati nella sistematica complessiva del codice valendo, al secondo comma dell'art. 544 c.p.c. 1865<sup>206</sup>, la medesima *ratio* del rinvio operante nel 1859<sup>207</sup>. Nell'ottica di questa seconda direzione parrebbe portare anche la stessa disciplina dell'art. 517 c.p.c. 1865 che, se nei suoi intendimenti programmatici mirava a restringere l'ambito di operatività delle Corti sul terreno del fatto, nella prassi diede modo alle stesse di procedere al cd. "sindacato indiretto sulla *quaestio facti*" sviluppatasi, lo rileva BOVE, «attraverso l'elaborazione del vizio

---

<sup>206</sup> Art. 544.2, c.p.c. 1865: "*Se cassi per altri motivi, rimanda la causa ad altra autorità giudiziaria uguale in grado a quella che pronunciò la sentenza cassata, e che sia più vicina alla medesima*", in *Codice di procedura civile del Regno d'Italia, op. cit.*, p. 162 consultabile online alla pagina: <http://books.google.it/books?id=voKAAAYAAJ&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>.

<sup>207</sup> Art. 592.2, c.p.c. 1859: "*Quando annulla una sentenza per altri motivi, rimanda la causa ad altra Autorità giudiziaria dello stesso grado nella gerarchia giudiziaria e della stessa qualità di quella la cui sentenza fu annullata, e la designa nominativamente nella sentenza*", v. *retro*, nota 191.

logico, avvenuta essenzialmente nella giurisprudenza della C.S. sotto il vigore del codice processuale del 1865»<sup>208</sup>.

La disciplina di cui all'art. 517 c.p.c. 1865, relativa appunto all'individuazione circa i motivi di ricorso, si differenziava – *sub c)* – da quella risultante dal combinato disposto degli artt. 586 e 588 c.p.c. 1859 per la presenza di vizi *ulteriori*, prima ricompresi all'art. 557 c.p.c. 1859 come motivi legittimanti la revocazione della sentenza, e per una conseguente ridefinizione nell'assetto generale della norma. Anche in quest'occasione appare opportuno citare il testo integrale dell'articolo, il quale disponeva che: «*1. La sentenza pronunciata in grado d'appello può essere impugnata col ricorso per cassazione: 1) Se le forme prescritte sotto pena di nullità sieno state omesse o violate nel corso del giudizio, sempre che la nullità non sia stata sanata espressamente o tacitamente; 2) Se sia nulla a norma dell'art. 361; 3) Se contenga violazione o falsa applicazione della legge; 4) Se abbia pronunciato su cosa non domandata; 5) Se abbia aggiudicato più di quello ch'era domandato; 6) Se abbia ommesso di pronunciare sopra alcuno dei capi della domanda stati dedotti per conclusione speciale, salvo la disposizione dell'art. 370, capoverso ultimo; 7) Se contenga disposizioni contraddittorie; 8) Se sia contraria ad altra sentenza precedentemente pronunciata tra le stesse parti, sul medesimo oggetto, e passata in giudicato, sempre che abbia pronunciato sull'eccezione di cosa giudicata. 2. Non si può ricorrere per cassazione di sentenza contumaciale se non sia scaduto il termine per fare opposizione*»<sup>209</sup>.

Già da una prima, approssimativa, lettura della norma è possibile scorgere alcune fondamentali differenze di assetto rispetto alle precedenti formulazioni: l'art. 517 c.p.c. 1865 presenta infatti ben otto motivi di ricorso. Questa non è una prospettiva da sottovalutare tenendo in considerazione come, nel disposto dell'art. 586 c.p.c. 1859, fossero contemplati solo *due* motivi di ricorso<sup>210</sup>, ossia la “formale violazione di legge” e la “falsa applicazione” della stessa; le ulteriori ipotesi previste ai sensi dell'art. 588 c.p.c. 1859 non

---

<sup>208</sup> Cfr. BOVE M., *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di cassazione: riflessioni sul “nuovo” art. 360, n. 5, c.p.c.*, in *Giust. proc. civ.*, 3/2012, p. 677 ss, p. 679, consultabile online alla pagina web: <http://www.judicium.it/admin/saggi/327/bove1.pdf>.

<sup>209</sup> Questo il testo dell'art. 517 c.p.c. 1865 che costituiva, in quanto articolo unico, la Sezione I, *Delle sentenze che possono essere impugunate col ricorso per cassazione*, Capo V, *Del ricorso per cassazione*, Titolo V, *Dei mezzi per impugnare le sentenze*, Libro I, *Dell'ordine e della forma dei giudizi c.p.c. 1865*, in *Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, p. 153, consultabile online alla pagina web: <http://books.google.it/books?id=voKAAAYAAJ&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>.

<sup>210</sup> Addirittura uno solo, quello relativo alla “formale violazione della legge”, era quello originariamente previsto nella disciplina del 1847 (art. 16).

erano infatti altro che *specificazioni* di cosa dovesse intendersi per “formale violazione di legge” e che, nel nuovo assetto normativo dall’art. 517 acquisiscono invece il carattere di autonomi motivi di ricorso<sup>211</sup>.

Il riferimento è di particolare rilievo in relazione alla sindacabilità di quelli che erano degli *errores in procedendo* previsti a pena di nullità, prima disciplinati ai sensi del n. 4, art. 588, co. 1 c.p.c. 1859 come “formale violazione di legge”, e che – costituendosi ora come autonomo motivo di ricorso *ex art. 517*, co. 1, n. 1 – fanno venire meno parte delle incongruenze ideologiche che a tale impostazione si sono viste conseguire. In altre parole, l’indipendenza ora caratterizzante il suddetto motivo di ricorso rispetto alla “violazione di legge” parrebbe rendere assolutamente irrilevante la discrezionale scissione prima posta tra quelle violazioni alla legge processuale previste a pena di nullità e quelle che tale sanzione non prevedevano.

Al contempo, tale razionalizzazione sembrerebbe però assumere carattere meramente illusorio, o quanto meno *parziale*, e ciò per una duplice considerazione: da un lato infatti, non si spiega sulla base di quale criterio vengano ricomprese tra i vizi legittimanti il ricorso per cassazione ipotesi poste a garanzia delle parti per un corretto svolgimento del giudizio se non, s’intende, si considerasse l’ufficio della Corte di Cassazione atto a valutare anche la *giustizia* della decisione oltre che la sua *legalità*; dall’altro, strettamente collegato al primo, il disposto di cui all’art. 122 ord. giud. 1865, nell’attribuire alle Corti lo scopo di “*mantenere l’esatta osservanza delle leggi*”, non sembra fare distinzione alcuna tra legge *sostanziale* e *processuale* riferendosi genericamente all’esatta osservanza “*delle leggi*”: se così fosse la Cassazione sarebbe istituita per controllare che i giudici mantengano, rispettandola, sia la legge sostanziale che quella processuale e allora non si spiegherebbe

---

<sup>211</sup> La sindacabilità degli *errores in procedendo* previsti a pena di nullità, prima contemplati ai sensi dell’art. 588.1, n. 4 c.p.c. 1859 ora viene disciplinata come motivo autonomo, non ricompreso cioè nella “formale violazione della legge”, al n. 1 dell’art. 517.1 c.p.c. 1865; lo stesso per quanto concerne la ricorribilità per contrasto tra giudicati, prima disciplinati dal n. 5 dell’art. 588.1 c.p.c. 1859, ora al n. 8, art. 517.1 c.p.c. 1865; il n. 3, art. 588.1 c.p.c. 1859, relativo alla censurabilità della sentenza “*contentente una pronuncia contraria ad una disposizione espressa della legge*” viene a questo punto ricompresa nel motivo, prima onnicomprensivo ora indipendente, di cui al n. 3 dell’art. 517.1, ossia il caso in cui la sentenza “*contenga violazione o falsa applicazione della legge*”. Diversamente accade per quanto concerne i numeri 1 e 2 dell’art. 588.1 c.p.c. 1859 ove, il difetto assoluto di giurisdizione e l’eccesso di potere sembrano non essere più ricompresi tra i vizi legittimanti il ricorso per cassazione nell’assetto del 1865. L’ultimo profilo da considerare è poi quello relativo alla soppressione circa la “formula aperta” di cui al n. 6, art. 588.1 c.p.c. 1859 – e precedentemente al n. 5, art. 16.2 R.E. del 1847 – che appare perfettamente coerente con il nuovo assetto dell’art. 517 c.p.c. 1865 che, non prevedendo più un elenco casistico *probabilmente* esemplificativo del più generale vizio relativo alla “formale violazione delle legge”, conferisce alla nuova elencazione un definitivo carattere *tassativo* e al mezzo d’impugnazione una critica *vincolata*.



per quale motivo i giudici possano – o anzi, debbano – rispettare la sola legge processuale prevista a pena di nullità e non *tutte* le leggi processuali che regolano il corretto svolgimento del giudizio. Il dilemma non si risolve neanche interpretando l'art. 122 ord. giud. 1865 con riferimento al mantenimento circa l'esatta osservanza della sola legge *sostanziale* poiché, in questo caso, nessun senso avrebbe ricomprendere tra i motivi di cui all'art. 517 c.p.c. 1865 vizi ulteriori che non siano la “violazione o la falsa applicazione della legge”.

Per quanto concerne poi gli *altri* motivi di ricorso previsti *ex novo* dalla disciplina codicistica unitaria<sup>212</sup>, particolare interesse susciterebbe, a nostro parere, la constatazione che essi non siano che la trasposizione nella disciplina relativa al ricorso per cassazione, di quei motivi che nella disciplina sabauda del 1859 legittimavano l'esercizio di un altro mezzo d'impugnazione: la revocazione della sentenza. Questo dato non è irrilevante, soprattutto se si ha riguardo alle considerazioni sopra svolte con riferimento alla sindacabilità circa la violazione delle forme processuali previste a pena di nullità: il minimo comune multiplo parrebbe infatti da individuarsi nell'attenzione, posta dalla disciplina codicistica, circa il corretto svolgimento del giudizio e quindi alla valutazione, nell'ufficio delle Corti, anche a profili di *giustizia* e non solo di *legalità*. Del resto, la revocazione è un mezzo di impugnazione notoriamente teso a riparare una palese ingiustizia della decisione<sup>213</sup>. Ciò detto a nulla servirebbe però se non si provassero gli esatti termini di tale trasposizione; pare quindi opportuno riportare in questa sede il disposto dell'art. 557 c.p.c. 1859, ossia la norma introduttiva del Capo I, *Della revoca delle sentenze ad istanza delle parti*, Titolo II, *Della domanda per revoca di sentenza* dell'ultimo codice sabauda.

L'art. 557 c.p.c. 1859 disponeva quindi che: “*Le sentenze proferite in contraddittorio in seconda istanza possono essere revocate per domanda delle parti o dei loro aventi causa dalla stessa Corte o dallo stesso Tribunale che le ha pronunciate nei seguenti casi: 1) Se la sentenza fu l'effetto del dolo di una delle parti a danno dell'altra; 2) Se fu giudicato sopra documenti stati riconosciuti o dichiarati falsi dopo la sentenza, oppure che la parte soccombente ignorava essere stati riconosciuti o dichiarati falsi prima della sentenza stessa; 3) Se dopo la sentenza siensi recuperati documenti decisivi, i quali non fossero*

---

<sup>212</sup> Il riferimento è ai numeri 2, 4, 5, 6, 7 dell'art. 517.1 c.p.c. 1865, v. *retro*, p. 76.

<sup>213</sup> Cfr. BIAVATI P., *Argomenti di diritto processuale civile*, op. cit., p. 520.

*potuti produrre prima per fatto della parte contraria; 4) Se la sentenza sia essenzialmente l'effetto di un errore di fatto che risulti dagli atti e documenti sui quali venne proferita. Vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, ovvero quanto è supposto la inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso quando il fatto non è un punto controverso sul quale la sentenza abbia pronunciato; 5) Se la sentenza pronunciò sopra cosa non domandata; 6) Se aggiudicò più di quello che era domandato; 7) Se omise di pronunciare sopra qualcheduno dei capi della domanda o della eccezione che siano stati dedotti a forma di specifica conclusione; 8) Se la medesima sentenza racchiude disposizioni contrarie; 9) Se vi ha contrarietà di sentenze irrevocabili pronunciate dalla stessa Autorità giudiziaria, tra le stesse parti, sul medesimo oggetto, qualora coll'ultimo delle suddette sentenze non siasi pronunciato anche sull'eccezione di cosa giudicata; 10) Se la sentenza siasi proferita contro la parte, a riguardo della quale era prescritta la comunicazione al Pubblico Ministero, e questa sia stata omessa”<sup>214</sup>.*

Per quanto riguarda i n. 5, 6, 7 e 8 dell'art. 557 c.p.c. 1859 la trasposizione come motivi di cassazione ai sensi, rispettivamente, dei n. 4<sup>215</sup>, 5<sup>216</sup>, 6<sup>217</sup> e 7<sup>218</sup> dell'art. 517.1, c.p.c. 1865 è letterale, non appare quindi necessaria ulteriore argomentazione.

Per quanto invece concerne il n. 10 dell'art. 557 c.p.c. 1859 occorre invece soffermarsi con maggiore attenzione poiché è possibile ricavarlo solo *indirettamente* tramite la previsione di cui all'art. 517, co. 1, n. 2 il quale prevedeva come motivo di ricorso il caso in cui la sentenza fosse da considerarsi “*nulla a norma dell'art. 361 [c.p.c. 1865]*”. L'art. 361 c.p.c. 1865 prevedeva infatti tre casi al verificarsi dei quali si produceva la nullità della sentenza ed in particolare: 1. qualora alla deliberazione della sentenza avessero concorso giudici che non ebbero ad assistere alla discussione della causa; 2. se siano omessi in sentenza uno dei seguenti requisiti: *a)* il tenore delle conclusioni delle parti, esclusi il fatto e i motivi (n. 4, art. 360 c.p.c. 1865); *b)* i motivi in fatto e in diritto (n. 6, art. 360 c.p.c.

---

<sup>214</sup> Art. 557, c.p.c. 1859, in *Codice di procedura civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, op. cit., p. 191, [http://books.google.it/books?id=qe8XAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=it&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](http://books.google.it/books?id=qe8XAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=it&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false).

<sup>215</sup> Art. 517.1, n. 4, c.p.c. 1865: “*Se abbia pronunciato su cosa non domandata*”, in *Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, op. cit., p. 153.

<sup>216</sup> Art. 517.1, n. 5, c.p.c. 1865: “*Se abbia aggiudicato più di quello ch'era domandato*”.

<sup>217</sup> Art. 517.1, n. 6, c.p.c. 1865: “*Se abbia omesso di pronunciare sopra alcuno dei capi della domanda*”. *stati dedotti per conclusione speciale, salvo la disposizione dell'art. 370 capoverso ultimo*”.

<sup>218</sup> Art. 517.1, n. 7, c.p.c. 1865: “*Se contenga disposizioni contraddittorie*”.

1865); c) il dispositivo (n. 7, art. 360 c.p.c. 1865); d) l'indicazione circa il giorno, mese, anno e luogo in cui si è pronunciata (n. 8, art. 360 c.p.c. 1865); e) la sottoscrizione (n. 9, art. 360 c.p.c. 1865); 3. *Se non siasi sentito il ministero pubblico nei casi previsti dalla legge. Questa nullità può opporsi da qualunque delle parti se le conclusioni erano prescritte per ragioni di materia, e negli altri casi solo dalla parte nel cui interesse erano prescritte*<sup>219</sup>. L'art. 517 c.p.c. 1865 richiama quindi, al n. 2 del suo primo comma, anche se *indirettamente* (richiamandosi all'art. 361, n. 3 c.p.c. 1865), l'ipotesi di revocazione di cui al n. 10 dell'art. 557 c.p.c. 1859.

Fin qui si è quindi avuto modo di dimostrare come degli otto motivi di ricorso previsti al primo comma dell'art. 517 c.p.c. 1865 solo i numeri 1, 3 e 8 furono ripresi dalla disciplina sabauda dell'art. 588.1 c.p.c. 1859; i motivi di cui ai numeri 4, 5, 6, 7 nonché parte del n. 2, furono invece recepiti letteralmente da quella che era la disposizione relativa ai motivi legittimanti la revocazione *ex art. 557 c.p.c. 1859*. Quest'ultima considerazione è poi comprovata dal nuovo assetto dell'art. 494 c.p.c. 1865 che, nell'indicare il compendio dei motivi legittimanti la revocazione, elenca, rispetto alla precedente formulazione, solo quelle ipotesi *sopravvissute* all'avvenuta trasposizione nella disciplina del ricorso per cassazione<sup>220</sup>.

---

<sup>219</sup> Art. 361, c.p.c. 1865: “*La sentenza è nulla: 1) Se siasi violato l'articolo 357; 2) Se siasi omissa alcuno dei requisiti indicati nei numeri 4,6,7,8 e 9 dell'articolo 360, salvo quanto è stabilito dall'articolo 473. I motivi si reputano omissi quando la sentenza siasi puramente riferita a quelli di un'altra sentenza; 3) Se non siasi sentito il ministero pubblico nei casi previsti dalla legge. Questa nullità può opporsi da qualunque delle parti se le conclusioni erano prescritte per ragioni di materia, e negli altri casi solo dalla parte nel cui interesse erano prescritte*”, in *Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, op. cit., pp. 108-109, consultabile online alla pagina web: <http://books.google.it/books?id=voKAAAYAAJ&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>.

<sup>220</sup> Il riferimento è ai numeri 1,2,3, 4 e 9 dell'art. 557 c.p.c. 1859 che vengono testualmente e rispettivamente ripresi dai n. 1, 2, 3, 4 e 5 dell'art. 494 c.p.c. 1865, articolo introduttivo del Capo III, *Della revocazione* del codice post-unitario, il quale disponeva che: “*Le sentenze pronunciate in contraddittorio delle autorità giudiziarie in grado d'appello possono essere rivate sull'istanza della parte: 1) Se la sentenza sia stata l'effetto del dolo di una delle parti a danno dell'altra; 2) Se siasi giudicato sopra documenti stati riconosciuti o dichiarati falsi dopo la sentenza, o che la parte soccombente ignorasse essere stati riconosciuti o dichiarati falsi prima della sentenza stessa; 3) Se dopo la sentenza siasi recuperato un documento decisivo, il quale non siasi potuto produrre prima per fatto della parte contraria; 4) Se la sentenza sia l'effetto di un errore di fatto che risulti dagli atti e documenti della causa. Vi è questo errore quando la decisione sia fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, ovvero quando sia supposta la inesistenza d'un fatto, la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso quando il fatto non sia un punto controverso sul quale la sentenza abbia pronunciato; 5) Se la sentenza sia contraria ad altra sentenza precedente passata in giudicato, pronunciata tra le stesse parti, sul medesimo oggetto, purchè non abbia pronunciato anche sull'eccezione di cosa giudicata*” in *Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, op. cit., pp. 147-148, consultabile: <http://books.google.it/books?id=voKAAAYAAJ&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>.

Per quanto poi riguarda le ulteriori due ipotesi (art. 361 n. 1 e 2 c.p.c. 1865) previste come motivo legittimante il ricorso in cassazione *ex art.* 517, co. 1, n. 2, occorre sottolineare come esse fossero in realtà previste già dal codice del 1865 sulla base dell'art. 588, co. 1, n. 4. Anche questo punto merita un breve approfondimento: innanzitutto le due ipotesi di cui ora si sta trattando sono quelle indicate ai nn. 1 e 2 dell'art. 361 c.p.c. 1865 – richiamato dal n. 2, dell'art. 517 comma primo – ossia, lo si ricorda: 1. il caso di nullità della sentenza alla cui deliberazione avessero concorso giudici che non ebbero ad assistere alla discussione della causa; e 2. il caso di nullità qualora la stessa manchi di uno dei seguenti requisiti: *a)* il tenore delle conclusioni delle parti, esclusi il fatto e i motivi (n. 4, art. 360 c.p.c. 1865); *b)* i motivi in fatto e in diritto (n. 6, art. 360 c.p.c. 1865); *c)* il dispositivo (n. 7, art. 360 c.p.c. 1865); *d)* l'indicazione circa il giorno, mese, anno e luogo in cui si è pronunciata (n. 8, art. 360 c.p.c. 1865); *e)* la sottoscrizione (n. 9, art. 360 c.p.c. 1865).

Tutti questi casi erano considerati, nel codice sabaudo del 1859, come motivi legittimanti il ricorso per cassazione in quanto, ai sensi del n. 4, art. 588, co. 1 c.p.c. 1859, costituivano “violazioni od omissioni a forme prescritte dalla legge a pena di nullità commesse dall'Autorità giudiziaria e contro le stesse *«non è dalla legge concessuta la dimanda di revocazione»*”<sup>221</sup>.

Per quanto infatti riguarda il n. 1 dell'art. 361 c.p.c. 1865, la cassazione della sentenza alla cui deliberazione avessero concorso giudici che non ebbero ad assistere alla discussione della causa poteva essere richiesta ai sensi del n. 4 dell'art. 588, co. 1, in virtù del fatto che la disciplina risultante dal combinato disposto di cui agli artt. 196, co. 1<sup>222</sup> e 197<sup>223</sup> c.p.c. 1859 – nella quale si comminava la sanzione di *nullità* all'ipotesi per cui alla votazione della sentenza avessero partecipato giudici che non avevano assistito a tutte le udienze in cui fu trattata la causa – *non rientrava* tra le ipotesi di *revocazione* di cui all'art. 557 c.p.c. 1859.

---

<sup>221</sup> Art. 588.1, n. 4 c.p.c. 1859: “Quando l'Autorità giudiziaria pronuncia sentenze sovra procedure nelle quali siano state violate od omesse le forme prescritte dalla legge sotto pena di nullità, o quando l'Autorità giudiziaria che pronunciò la sentenza le ha violate od omesse, e contro le violazioni od omissioni da essa commesse non è dalla legge concessuta la dimanda di revocazione”.

<sup>222</sup> Art. 196.1 c.p.c. 1859: “Non potranno concorrere alla votazione se non quei giudici che avranno assistito a tutte le udienze in cui fu trattata la causa dopo l'ultima iscrizione a ruolo”.

<sup>223</sup> Art. 197 c.p.c. 1859: “Il disposto di cui agli artt. 195 e 196 dovrà osservarsi a pena di nullità”.

Lo stesso può asserirsi per quanto concerne il caso prospettato al n. 2 dell'art. 361 c.p.c. 1865, rispetto al quale però la giustificazione normativa, apparendo la relativa disciplina ancor più complessa e intricata, necessita di essere trattata per gradi:

- Si vuole ora dimostrare come la previsione di cui al n. 2, dell'art. 361 c.p.c. 1865, richiamata dall'art. 517.1, n. 2 – nullità della sentenza ai sensi dell'art. 361 c.p.c. 1865 – fosse in realtà già censurabile per cassazione nella disciplina sabauda per mezzo del n. 4 dell'art. 588.1, c.p.c. 1859.
- Ripetiamo quindi che l'ipotesi di cui al n. 2, art. 361 c.p.c. 1865 consisteva nel caso in cui la sentenza fosse dichiarata nulla per mancanza di alcuni requisiti, quelli previsti dai nn. 4, 6, 7, 8 e 9 dell'art. 360 c.p.c. 1865, ossia rispettivamente: n. 4) *Il tenore delle conclusioni delle parti, esclusi il fatto e i motivi*; n. 6) *I motivi in fatto e in diritto*; n. 7) *Il dispositivo*; n. 8) *L'indicazione del giorno, mese, anno e luogo in cui è pronunciata*; n. 9) *La sottoscrizione di tutti i giudici che la hanno pronunciata e del cancelliere*.
- A questo punto, per dimostrare come dall'omissione di tali requisiti fosse possibile, già nella disciplina sabauda del 1859, legittimare il ricorso per cassazione ai sensi del n. 4, art. 588 c.p.c. 1859 occorre dimostrare che la loro omissione avrebbe costituito, nel 1859, una violazione od omissione di forme prescritte a pena di nullità per le quali “*non è dalla legge concessa la domanda di revocazione*”. A tal proposito vediamo quindi come si strutturava nel 1859 la disciplina relativa alla nullità della sentenza che, si premette già ora, era il frutto del combinato disposto di cui agli artt. 204.2 e 207 c.p.c. 1859.
- L'art. 204 c.p.c. 1859 prevedeva al primo comma quelli che dovevano essere, in generale, i requisiti della sentenza e al secondo comma quali tra questi erano prescritti a pena di nullità; la norma quindi prevedeva che: “*1. Le sentenze saranno redatte dal presidente o da uno dei giudici da lui commesso, e dovranno contenere: 1) Il nome e il cognome delle parti; 2) Il loro domicilio, residenza o dimora; 3) Il nome o il cognome dei procuratori; 4) Il tenore delle conseguenze prese in iscritto dalle parti, esclusi i motivi; 5) L'enunciazione che il Ministero Pubblico sia stato sentito, quando ciò ebbe luogo; 6) I motivi che hanno determinato la decisione; 7) Il dispositivo; 8) L'indicazione del giorno, mese, anno e luogo in cui vengono pronunziate; 9) La menzione del giudice da cui vennero redatte; 10) La sottoscrizione di tutti i giudici che le hanno proferite e del segretario. 2. L'omissione intera dei requisiti prescritti nei*

*numeri 1, 4, 6, 7, 8, 10 di questo articolo, come pure la loro erroneità parziale e la indicazione viziata che rendano incerta compiutamente la cosa che la legge vuole che rimanga accertata con tali indicazioni, rendono nulla la sentenza*”. Ora, senza soffermarsi sull’ipotesi di erroneità parziale o indicazione viziata, così come sul caso di nullità per omissione circa le generalità delle parti, occorre prestare attenzione a come i requisiti di cui ai nn. 4, 6, 7, 8 e 10 – evidenziati nel testo – siano gli stessi identici motivi all’omissione dei quali il n. 2 dell’art. 361 c.p.c. 1865 faceva conseguire la nullità della sentenza.

- Rimane ora da considerare se la nullità della sentenza per mancanza di tali requisiti fosse motivo di cassazione o, al contrario, di revocazione. A questo quesito sembrerebbe rispondere in senso positivo per la cassazione, come del resto è interesse in questa sede dimostrare, il disposto di cui all’art. 207 c.p.c. 1859 il quale prevede che: *“Sono anche nulle le sentenze: 1) Se le forme prescritte sotto pena di nullità sono state violate od omesse nel corso del giudizio, sempreché la nullità non sia stata espressamente o col silenzio sanata; 2) Se furono pronunziate sopra cose non domandate; 3) Se è stato aggiudicato più di quello che era domandato; 4) Se fu omissso di pronunciare sopra qualcheduno dei capi della domanda o della eccezione, che siano stati dedotti a forma di specifica conclusione; 5) Se una medesima sentenza racchiude disposizioni contrarie; 6) Se vi ha contrarietà di sentenze irrevocabili pronunziate dallo stesso Tribunale fra le stesse parti e sul medesimo oggetto, qualora coll’ultima delle sentenze non siasi pronunziato anche sull’eccezione di cosa giudicata; 7) Se siensi proferite contro la parte a riguardo della quale la comunicazione al Ministro Pubblico era prescritta, e questa siasi omessa*”. Ebbene, solo l’ipotesi prevista ai sensi del n.1, art. 207 c.p.c. 1859 – evidenziata nel testo – costituiva ipotesi di cassazione ai sensi del n. 4, art. 588.1 essendo, per le altre, dalla legge concessa la domanda di revocazione in quanto ipotesi espressamente previste, si è avuto modo di appurarlo in precedenza, all’art. 557 c.p.c. 1859.
- Ora, se l’art. 588.1, n. 4 c.p.c. 1859 individuava *in negativo* quali fossero le violazioni od omissioni alle forme processuali previste a pena di nullità – ossia quelle per le quali non era concessa la revocazione – parrebbe logico concludere che, così come l’ipotesi di nullità *ex n. 1*, art. 207 c.p.c. 1859, anche le ipotesi di cui ai n. 4, 6, 7, 8 e 10 dell’art.

204 c.p.c. 1859 – ossia tutte le ipotesi evidenziate nei testi – sarebbero potute essere fatte valere con ricorso per cassazione ai sensi dell’art. 588.1, n. 4.

In conclusione quindi, e per tornare alla tesi iniziale che ha dato avvio a questa intricata dimostrazione, pensiamo si possa dunque affermare che degli otto motivi di ricorso di cui all’art. 517 c.p.c. 1865, quelli *ulteriori* –rispetto a quelli *direttamente* o *indirettamente* sindacabili in Cassazione – non furono che la trasposizione di quelle ipotesi che nella disciplina sabauda del 1859 costituivano occasione per domandare la revocazione della sentenza, dimostrando così come, già nel 1865, una qualche forma di *giustizia* e non solo di *mera legalità* fosse propria dell’ufficio delle Corti di Cassazione.

In questi termini non deve quindi stupire la ben nota prassi posta in essere da tali Supremi collegi al fine di estendere il proprio ambito di cognizione, compiuta anche tramite la creazione di nuovi meccanismi quali la rinomata, quanto oramai discussa, sindacabilità sulla congruenza, logicità e completezza della motivazione in punto di fatto<sup>224</sup> che, lo rileva FAZZALARI, «non poteva non tradursi in controllo di tutto il giudizio di fatto»<sup>225</sup>. Del resto, le conclusioni a cui questa breve analisi diacronico-comparativa ha portato, non possono che avvallare positivamente l’affermazione secondo cui, «nel completare e nel perfezionare il meccanismo processuale della propria funzione nel processo civile, la Cassazione ha sempre badato acchè esso non le impedisse di rendere giustizia per così dire sostanziale»<sup>226</sup>.

### 3. *L’ignavia del Legislatore post-unitario*

Si è fin qui avuto modo di vedere come la disciplina legislativa post-unitaria, nonostante per larghissima parte non fosse che il frutto di una pura e semplice recezione di quella che era la legislazione sabauda, potesse mostrare aspetti caratteristici, tesi appunto a profili anche di *giustizia* e non solo di *mera legalità* nell’ufficio della Corte di Cassazione. Tali profili possono considerarsi il corrispettivo normativo di quella profonda indecisione

---

<sup>224</sup> Non si tratterà in questa sede, come anticipato nell’Introduzione a questo scritto, dell’evoluzione o dell’attuale vizio di motivazione che, si è detto, rappresenta uno degli strumenti attraverso cui la Cassazione può indirettamente e surrettiziamente accedere al fatto. Sul tema numerosissimi sono i contributi, tra i tanti v. FAZZALARI E., *Il giudizio civile di Cassazione*, Giuffrè, Milano, 1960; v. TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975; v. anche i diversi scritti di BOVE, per citarne uno, BOVE M., *Il sindacato della Corte di cassazione. Contenuto e limiti*, Giuffrè, Milano, 1993.

<sup>225</sup> Così il FAZZALARI, in FAZZALARI E., *Il giudizio civile di Cassazione*, op. cit., p. 13 citando la nota opera di CALOGERO G., *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937, pp. 194 ss.

<sup>226</sup> *Ivi*, p. 2.

tradottasi, a livello strutturale, nella scelta – o meglio della “non-scelta” – del Legislatore post-unitario di mantenere in Italia le quattro Cassazioni operanti già dapprima dell’unificazione politica e ciò, in vigenza di un codice di procedura civile e di una legge sull’ordinamento giudiziario che abbiamo visti essere ideati per regolare e disciplinare un’unica Corte di Cassazione<sup>227</sup>. Questi sono i termini di quello che si definisce il “sistema transitorio” che, si è detto, perdurerà fino al 1923 quando, sotto il Regime, verranno abolite tutte le Cassazioni ad eccezione di quella romana<sup>228</sup>, istituita come sezione provvisoria nel 1875<sup>229</sup>.

Nei paragrafi che seguiranno si cercherà di rendere conto da un lato, delle ragioni della mancata presa di posizione del Legislatore post-unitario – tradottasi nella via del mantenimento, sotto un profilo strutturale, dello *status quo ante* – circa l’assetto pluralistico o unitario della Magistratura suprema, soffermandosi a tal fine su quelli che erano i termini dell’acceso dibattito costituitosi in quegli anni sul tema; dall’altro, si cercherà di dar prova di come l’ignavia del Legislatore del 1865 si protrasse non solo per tutto il sessantennio del sistema transitorio ma anche alla sua conclusione.

Sotto quest’ultimo profilo si considereranno, in primo luogo, come gli interventi operati sino al 1923 non fossero che “piccoli passi” e non “scelte decisive” di sistema – provando così il perdurare dell’incertezza anche nel periodo successivo all’unificazione legislativa del Regno – e, in secondo luogo, come pure la svolta del 1923 non fosse in realtà la naturale e condivisa scelta democratica generatasi a seguito di discussioni assembleari del Legislativo, quanto una sorta di “colpo di mano” posto in essere dal Governo con un decreto delegato emesso in forza di una legge delega che, lo rileva MECCARELLI, «non sembrava affatto prefigurare un intervento legislativo capace di abolire le Cassazioni regionali»<sup>230</sup>.

---

<sup>227</sup> In tal senso il MECCARELLI osserva, con riferimento al codice di procedura civile e all’ordinamento giudiziario del 1865, che essi «valgono come atti fondativi del sistema, contemporaneamente però sono portatori di scelte, che da un lato non sembrano essere conclusive e dall’altro mantengono un certo grado di ambiguità. Le opzioni presenti in quella legge e nel Codice di procedura civile lasciano, seppur in modo indiretto, spazio alle istanze di coloro che si opponevano sia all’unificazione delle Corti supreme esistenti, sia all’adozione di un sistema a cassazione», cfr. MECCARELLI M., *Le Corti di cassazione nell’Italia unita*, *op.cit.*, p. 20.

<sup>228</sup> v. *retro*, nota 161.

<sup>229</sup> v. *retro*, nota 162.

<sup>230</sup> Cfr. MECCARELLI M., *Le Corti di cassazione nell’Italia unita*, *op. cit.*, p. 33.



### 3.1. *Il dibattito Cassazione o Terza istanza nel sistema transitorio*

Il dibattito “Cassazione o Terza istanza” potrebbe definirsi un dibattito *immortale* che, si è avuto modo di anticiparlo in precedenza e si vorrà qui dimostrare, nulla ha a che vedere con il contrapporsi di «tesi scientifiche da una parte e interessi regionali e professionali dall'altra, i quali ultimi osteggiavano il principio della Cassazione unicamente perché comprendevano che la sua logica conseguenza sarebbe stata l'abolizione di quella pluralità di supremi organi giudiziari, che tuttora costituisce per le classi forensi regionali una fonte di sicuro guadagno»<sup>231</sup>. Porre in questi termini la discussione circa la natura e l'assetto della Magistratura suprema italiana sarebbe infatti riduttivo, quantomeno essendo irragionevole pensare che tale dibattito, fiorito nelle riviste giuridiche<sup>232</sup> e nelle aule parlamentari<sup>233</sup> degli anni '60 dell'Ottocento, sopravvissuto all'unificazione delle Cassazioni sotto il Regime<sup>234</sup>, riproposto in sede Costituente nel 1946<sup>235</sup> e tutt'oggi ancora ripreso in dottrina<sup>236</sup>, possa realmente ed esclusivamente dipendere da meri interessi corporativi. Certo, non si vuole qui sostenere che tra le argomentazioni favorevoli al mantenimento – e successivamente, al ripristino – delle Cassazioni regionali non ve ne fossero alcune “meno nobili”, ma si vuole semplicemente affermare come non possano esclusivamente a queste ricondursi i termini di quello che fu un dibattito di non certo poco spessore.

Ovviamente non si pretende di condurre, nel contesto di questo studio, un'indagine che possa dirsi esaustiva sul tema che per essere tale richiederebbe non solo un'attenta analisi

---

<sup>231</sup> Cfr. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI, op. cit.*, §270, p. 675; la riduzione in tali termini del dibattito è poi ulteriormente ripreso dal CALAMANDREI anche nel vol. II, della sua opera sulla Cassazione civile [Cfr. CALAMANDREI P., *La Cassazione civile. Vol. II. Disegno generale dell'istituto*, Fratelli Bocca, Torino, 1920, §130, p. 405 ss] nonché in altri scritti, v. *retro*, nota 150.

<sup>232</sup> In particolar modo si ricordano i contributi del Sala [cfr. SALA E., *Osservazioni critiche sulla istituzione del Tribunale di Cassazione*, 1860], del SANDONNINI [cfr. SANDONNINI C., *Della Corte di Cassazione e dei tribunali di terza istanza*, 1861] e del CARCANO [cfr. CARCANO G., *Sul quesito: Cassazione o terza istanza?*, 1866] nella rivista “*Il Monitore dei Tribunali*”; i diversi contributi nella rivista “*La Legge*”, tra cui quello del BANDI [cfr. BANDI G., *Cassazione o “terza istanza”?*, 1861] e altri presentati anonimamente alle riviste “*La Perseveranza*” e “*La Nazione*” nel 1872 [cfr. D'ADDIO M., *Politica e magistratura, op. cit.*, documenti nn. 81 e 80, pp. 499 ss].

<sup>233</sup> v. il Progetto Cassinis (1860-1861) e gli altri che ne seguirono, in MECCARELLI M., *Le Corti di cassazione nell'Italia unita, op. cit.*, pp. 48 ss.

<sup>234</sup> v., tra gli altri, PERETTI GRIVA D.R., *Per il ripristino delle Cassazioni regionali*, in *Giurisprudenza italiana*, IV parte, 1946, pp. 40 ss.

<sup>235</sup> Cfr. *La costituzione della repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, volumi V e VIII, Camera dei Deputati, Segretariato Generale, 1976.

<sup>236</sup> Cfr. SCARSELLI G., *La crisi della cassazione civile e i possibili rimedi*, in *Giust. proc. civ.*, 2010, p. 655

circa i singoli contributi che la scienza giuridica ebbe ad apportare al dibattito in questione, ma anche una specifica ricostruzione delle fasi storiche in cui lo stesso si sviluppò<sup>237</sup>.

Per la necessaria sinteticità di questo scritto si delinearanno quindi solo i termini generali e le tematiche più importanti che caratterizzarono il dibattito “Cassazione o Terza istanza” al fine non solo di “giustificare” l’incertezza da cui era evidentemente colpito il Legislatore post-unitario, ma anche a quello di sollevare alcune perplessità in ordine alla fondatezza di quelle dottrine che, minimizzando, videro nell’adozione in Italia del modello a Cassazione il passaggio «da un sistema vecchio e irrazionale (...) ad un sistema nuovo, razionale e democratico»<sup>238</sup>. A tal fine, nonché per una maggiore chiarezza espositiva, si ritiene opportuno trattare tali argomentazioni suddividendole in tre diverse categorie, a seconda del tema centrale di riferimento: a) argomentazioni di natura ideologica; b) argomentazioni di natura tecnico-giuridica; c) argomentazioni di natura politica.

### 3.1.1. (segue) a) *I profili ideologici*

Per quanto concerne le argomentazioni di stampo prettamente ideologico – *sub a)* – i termini del dibattito vedevano innanzitutto il contrapporsi di quelle che MECCARELLI definisce come «diverse percezioni della legalità»<sup>239</sup>: se per i fautori della Cassazione la Magistratura suprema doveva fermarsi a valutare la legalità *formale* della decisione impugnata, i sostenitori della Terza istanza richiedevano al Supremo collegio di sindacare, oltre questa, anche la legalità *sostanziale*. La “giustizia” poco rilevarebbe quindi nel modello a Cassazione che, secondo i suoi fautori, presupponeva un «ordinamento giuridico come un tutto coerente, onnicomprensivo e “uniforme”, ossia capace di assicurare l’uguale soluzione di controverse analoghe, e tendenzialmente contrario alla giustizia concreta del “caso per caso”»<sup>240</sup>. Prediligere quella che era la concezione *formale* della legalità, individuando nella “nomofilachia” il compito primo della Cassazione, implicava quindi anteporre, ad esigenze di giustizia sostanziale, la necessità dell’uniformità esteriore e della

---

<sup>237</sup> Sulla ricostruzione per fasi circa lo sviluppo storico del dibattito v. TARUFFO M., *Cassazione e revisione*, in *Il vertice ambiguo*, op. cit., p. 45.

<sup>238</sup> v. *retro*, nota 149.

<sup>239</sup> Rileva in particolare l’a. come, nella scelta tra Cassazione e Terza istanza quale Magistratura suprema, non sia «semplicemente in gioco l’opzione per un modello; in discussione c’è la percezione stessa della legalità, sia nel suo rapporto con la dimensione storica dell’esperienza giuridica, che nel suo rapporto con il momento applicativo», cfr. MECCARELLI M., *Le Corti di cassazione nell’Italia unita*, op.cit., pp. 99-100.

<sup>240</sup> Cfr. TARUFFO M., *Cassazione e revisione*, in *Il vertice ambiguo*, op. cit., p. 47.

formale interpretazione della legge<sup>241</sup>, soprattutto, si legge nei processi verbali delle sedute della commissione Cassinis, «dopo la codificazione delle leggi, dopo il riordinamento giudiziario, e sotto un sistema monarchico rappresentativo, che è il regno della legalità e dell'uguaglianza dei cittadini dinnanzi alla legge»<sup>242</sup>.

I valori portati avanti dai sostenitori della Cassazione erano quindi quelli della tutela della legge e dell'uniformità della giurisprudenza appunto quale *conditio sine qua non* dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge; valori, questi, il cui raggiungimento poteva conseguirsi solo rivedendo quelle che erano le *priorità* nell'interpretazione della legge nella quale, lo rileva TARUFFO, non si doveva privilegiare «il momento della scelta della soluzione più adeguata del conflitto, bensì quello dell'enunciazione della *regula iuris* generale da parte della Cassazione, e quello della deduzione meccanica della decisione da regole date per quanto riguarda il giudice di merito»<sup>243</sup>.

### 3.1.2. (segue) b) *I profili tecnico-giuridici*

Tali argomentazioni, nonché le critiche ad esse poste da parte dei sostenitori della Terza istanza, non possono però prescindere da considerazioni di stampo anche tecnico-giuridico – *sub b)* – tra le quali la principale sembra essere quella relativa alla concreta ed effettiva possibilità di scindere il “fatto” dal “diritto”. Se da un lato, infatti, s'intende come le argomentazioni finora esposte a sostegno del modello a Cassazione implicino come indipendente la determinabilità della premessa in diritto rispetto a quella in fatto, dall'altro, i fautori della Terza istanza individuano in tale possibilità – ammesso e non concesso che nel momento applicativo essa realmente si realizzi – una trasfigurazione di quella che ontologicamente è la funzione dell'organo giudicante. In questo senso le parole del

---

<sup>241</sup> In questo senso anche il MECCARELLI secondo cui «La prospettiva della cassazione tende a configurare un ordinamento giudiziario in cui la Corte esegue anzitutto un controllo di legalità per garantire l'esatta e uniforme applicazione della legge. La prospettiva della terza istanza attribuisce alla Corte suprema il carattere di un vero giudice della controversia. Seppur entrambi i sistemi siano idonei ad un impiego sul terreno dell'unificazione del diritto attraverso la produzione di ordinamenti giurisprudenziali uniformi, le dinamiche, dunque le valenze sistematiche con cui tali obiettivi vengono conseguiti, sono opposte» [cfr. MECCARELLI M., *Le Corti di cassazione nell'Italia unita*, op. cit., p. 111].

<sup>242</sup> Così uno dei membri della commissione Cassinis, v. *verbale n. 1* – seduta 21 gennaio 1861 – ne *Processi verbali delle sedute della commissione istituita dal ministro di grazia e giustizia, Cassinis, per deliberare sulla convenienza di istituire corpi giudiziari superiori alle corti d'appello nei principali centri del nuovo Regno italiano, ed un supremo ed unico consiglio di giustizia inteso segnatamente a risolvere i conflitti, a tutelare la disciplina, a mantenere l'unità della giurisprudenza*, a cura dell'avv. ASTENGO G., in D'ADDIO M., *Politica e magistratura*, op. cit., documento n. 71, p. 457.

<sup>243</sup> Cfr. TARUFFO M., *Cassazione e revisione*, in *Il vertice ambiguo*, op. cit., p. 47.

CARCANO del quale, sia per il valore che per la suggestività della propria argomentazione, si ritiene di riportare ora un estratto:

«Come ogni giudizio, intesa la parola nel senso generico dei filosofi, è, obbiettivamente parlando, la unione di un predicato ad un soggetto, così ogni giudizio, presa la parola nel particolar senso che disegna la funzione giudiziaria, altro non è che una proposizione, la quale pronuncia della conformità o difformità di un fatto coll'ordine di diritto; ed è quindi la unione di questo predicato che si chiama la *legalità*, il *diritto*, il diritto di *pegno*, il diritto di *servitù*, ecc., a questo soggetto, che è il fatto (di Tizio o di Sempronio) della cui legalità o illegalità, o della cui specie giuridica si ricerca.

Senonché in quel modo, che nel giudizio in genere io non potrei unire al soggetto il predicato (il bello, il buono, il bianco, il nero) senza avere prima l'idea di questo stesso predicato; ciò che importa distinguerlo *ab omni non ipso*, e separarlo mentalmente anche dal soggetto medesimo, così è evidente, che, nemmeno nel giudizio di specie, giudizio legale, io potrei aggiungere al fatto, che è in controversia, il suo predicato, che è il diritto (...) senza avere una piena conoscenza di questo, e dell'ordine del diritto: conoscenza, che si suppone stare a sé, ed anzi si concepisce precedere ed essere mentalmente in noi, prima ancora che ci si proponga sia quella, sia altra specie di fatto. Che anzi, defliggendomi, per forza di astrazione, nel solo predicato, e staccando il mio pensiero da ogni fatto contingente, io potrò perfino parlare del predicato, come se fosse una vera entità, e teorizzare la legalità, e disputare sul diritto, come se fossero non un predicato, ma una sostanza, e direi quasi una veste, che io posso applicare e sovrapporre a mio beneplacito ad altre sostanze ed a più specie di fatti: e a modo di esempio io potrò pronunciare questi astratti legali: che la obbligazione *est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae*; che la compera e vendita va distinta dalla permuta per tali o tali altri elementi; che la donazione si ha per compita con questi o con questi altri estremi, e simili. E questi sono al certo tali pronunciati, che stanno e possono prodursi nel discorso a sé, astrazion fatta da ogni particolare specie di fatto: tanto che vi ragionano sopra, indipendentemente da ogni vera o ipotetica fattispecie, gli scrittori nei loro commenti, i professori di diritto nel loro insegnamento.

(...) Fin qui, dico, la separazione del diritto dal fatto sta: ed in questo senso direi anzi, che non solo sta, ma è pure un supporto implicito al pronunciato medesimo, alla stessa proposizione, la quale, per sua natura, non è che una astrazione della nostra mente, un prodotto estrasensibile del nostro pensiero, una forma, una categoria del nostro intelletto. Ma, dopo di aver dato questa parte di ragione che gli spetta all'illustre magistrato, ammettendogli pienamente la possibilità della separazione in quella cerchia di teorie, di cui io stesso gli porgeva poco fa gli esempi, dovrei pure soggiungergli tosto, che se non va più in là, e si limita a quella cerchia, esso, l'illustre magistrato, anziché trattare, disvierebbe la questione; ed anche senza trarlo in logiche

sottilità, per dimostrargli, che con non molta proprietà di linguaggio egli applicherebbe il nome di giudizi a quelle proposizioni, le quali non sono che la enunciazione di pure e formali nostre concezioni sul buono, sul bello, sul giusto e sull'ingiusto ed altre simili, che crea a sé, contemplando da sé solo, il nostro spirito, non avrei che ad osservargli che non è qui, che si appunta la nostra controversia, tutta tecnica e pratica; e che non è questo il senso, in cui i legali pigliano queste parole di *sentenza* e di *giudizio*; e che non è di queste astrazioni, che possa accontentarsi la funzione giudiziaria e l'ufficio del giudice il quale, (...) si è quello, non di recitare il codice, ma di applicarlo; ed è quello di pronunciare di un fatto nelle sue qualità e nei rapporti suoi col diritto, e dichiarare, quale dei due contendenti e dei due fatti, che piatiscono innanzi a lui in giudizio, possa pretendere al titolo di legale e invocare il sussidio di quei mezzi, che la legge mette a disposizione del giudice, per proteggere i fatti giusti e reprimere gli ingiusti.

(...) Il diritto non parla altrimenti che colla lingua del fatto. Io dovrò in breve invocare di nuovo la vostra pazienza, quando mi farò a giustificare quest'ultima mia proposizione: ma non vi disgradì, che io faccia in prima qualche altra parola intorno a quei pronunciati ideali, dei quali or ora, e si farà più chiaro in seguito, che dovrà ridursi il lavoro della Cassazione, posto che questa debba limitare a dire il puro diritto. Io credo, che il non avere ben posto mente alla natura di questi ideali, e considerata la parte che questi occupano nella funzione giudiziaria, sia il principale motivo, che ingenerò sui rapporti di questi due elementi di ogni giudizio, il *fatto* e il *diritto*, un'opinione, che altrimenti dovrebbe fare meraviglia, che abbia potuto occupare di sé alcun serio intelletto. Per fermo di quei tipi legali sono uno degli elementi di ogni decisione di giudice; ed essi, questi ideali, stanno a sé in un ordine astratto, e indipendente da ogni ipotesi di fatto: ed ecco quindi come potè metter radice l'opinione di un giudizio di diritto che possa reggere da per sé, senza supposto di fatto; e potè quindi immaginarsi una magistratura avente l'incarico di pronunciare unicamente in diritto. Ma chiarito ora questo punto; riconosciuto così in qual senso ed in quali ristretti limiti possa essere un giudizio in solo diritto, e possa essere una magistratura unicamente per questi giudizi; giova ora esaminare anche sotto altro aspetto la natura di quei giudizi e l'operazione della Corte. Io enuncerò tosto il mio pensiero: ridotta al compito di quei pronunciati, la Corte fa in forma di magistratura un lavoro, che non è di magistratura ed un lavoro, che non può essere consentito a nessuna magistratura.

La Corte di cassazione potrebbe definirsi la magistratura delle massime, delle definizioni, dei teoremi; in una parola, della scienza legale. (...) è unicamente a mezzo di quelle massime, che la Corte può adempiere alla propria missione di unificare, ciò che equivale a dire, generalizzare la giurisprudenza. E invero non si può generalizzare che a mezzo dei generali: ora ogni fatto è una specie, che non può riscontrare che a sé stessa. Le massime invece, le quali sono un'astrazione della nostra mente, dedotta da una molteplicità di fatti, sono perciò stesso un universale, che può stare con una serie indefinita di fatti. Ma se è così, egli è evidente, che con

questi pronunciati la Corte non esercita funzione giudiziaria, la quale, come già dissi (...), sta essenzialmente nell'*unione* e nella *combinazione* dei due giudizi *impossibili ad isolarsi*: ed è evidente, che con questi dettati dottrinali, che appunto si possono pronunciare fuori da ogni specie di fatto, perché non appartengono ad alcun fatto, la Corte, non fa che metter fuori, parata in sentenza, una pronunzia, che non è che una tesi di professore di diritto, un commento. (...) Una magistratura per la legge, un'Autorità giudiziaria per la scienza è un cumulo di contraddizioni, che si accusa da sé, anche all'esterno coi propri termini.»

(CARCANO G., *Sul quesito: Cassazione o terza Istanza?*)<sup>244</sup>

Possibile quindi, *in teoria*, una distinzione tra il “fatto e il “diritto” ma, *in pratica*, equivarrebbe ad assegnare alla Corte di Cassazione un ufficio diverso da quello propriamente attribuito al giudice, ossia quello di applicazione del diritto al fatto, con una conseguente diversa identificazione circa la propria naturale funzione e cioè quella di rendere giustizia ai litiganti.

Sempre sotto il profilo tecnico-giuridico, il dibattito “Cassazione o Terza istanza” toccava poi temi quali la concreta possibilità di pervenire all’“uniformità della giurisprudenza”, tanto richiesta dai sostenitori della Cassazione in virtù dei citati principi di certezza del diritto e di uguaglianza della legge di fronte ai cittadini, nonché della reale *bontà* circa il suo raggiungimento che, secondo i sostenitori della Terza istanza, avrebbe in realtà soffocato il naturale evolversi del diritto vivente. Si opinava infatti che, in un sistema di rinvii e di pronunce non vincolanti ma meramente persuasive della Cassazione – e comunque possibili solo nel caso in cui il giudice del primo rinvio avesse avuto l’ostinatezza di sentenziare tale e quale al giudice di merito che aveva pronunciato la decisione cassata –, l’uniformità non avrebbe a garantirsi senza contemporaneamente violare l’indipendenza e la libertà di coscienza del giudice rendendo per lui vincolante il *dictum* della Corte. Certo, rileva TARUFFO, «per eliminare tali inconvenienti [le lungaggini processuali derivanti dal meccanismo del doppio rinvio e il costringimento morale al giudice di merito] occorrerebbe che la Corte di Cassazione decidesse immediatamente il merito della controversia»<sup>245</sup> ma a questo punto, si legge in un articolo del 1872 sulla

---

<sup>244</sup> Cfr. CARCANO G., *Sul quesito: Cassazione o terza Istanza?*, in *Monitore dei Tribunali*, n. 44 del 5 novembre 1866, p. 1025 ss, pp. 1027- 1029.

<sup>245</sup> Cfr. TARUFFO M., *Cassazione e revisione*, in *Il vertice ambiguo*, op. cit., p. 36.

rivista “*La Nazione*”, «voi non avrete più la cassazione, ma un tribunale che non è più né cassazione, né terza istanza, né revisione: non è, si direbbe, né carne né pesce»<sup>246</sup>.

Ma se anche l’uniformità fosse *realizzabile*, sarebbe poi *auspicabile*? La critica su questo punto da parte dei sostenitori della Terza istanza è particolarmente ferrea, soprattutto negli articoli di SANDONNINI, ove si legge: «senza mancare ai riguardi che sono dovuti ad un Tribunale Superiore di tanta autorità, quanta infatti deve attribuirsi a queste Corti sovrane, non potremmo tuttavia giustamente essere tanto deferenti verso di loro da assicurare che il loro giudizio sia sempre per riuscire così immune da difetti, da potersi porre affatto in dimenticanza l’avvertimento dell’antico giureconsulto: *neque utique melius pronuntiat qui novissimam sententiam laturus sit*<sup>247</sup>. Né praticamente riesce fuori dalle ordinarie probabilità il caso, che l’errore e la violazione della legge, di cui si accusano le sentenze dei Tribunali inferiori, venga qualche volta sventuratamente a verificarsi in quelle stesse decisioni della Corte che è chiamata a riparare. In tale emergente, sarebbe molto ragionevole l’astringere le Corti inferiori, a cui per ventura appaia evidente l’errore, a rinunciare, per semplice amore d’uniformità, al buon senso, a sconfessare il proprio convincimento e ad applicare la legge a ritroso dei principii della scienza e dei canoni di verità? È l’uniformità nel diritto quella che si richiede, non l’uniformità nell’errore: e per avere una buona giurisprudenza non tanto giova che i Tribunali seguano all’unissono la stessa opinione, ma si richiede piuttosto che s’incontrino tutti nella vera. Non è dunque l’uniformità materiale quella che si deve cercare con tanto interessamento, ma sibbene l’uniformità morale, cioè a dire, quella che nasce dalla discussione, dalla persuasione, e dal confronto delle opinioni, e soprattutto dall’appoggio e dal confronto della maggioranza. Uniformità che non si può ottenere perfettamente, se non col sostituire al principio dispotico ed irragionevole dell’autorità che si vuol imporre, il principio democratico, e più conforme a ragione e giustizia, della persuasione, che, non si può ricusare, il che torna lo stesso che dire, abbandonare il sistema della Cassazione co’suoi inconvenienti, colle sue imperfezioni e colle sue incoerenze»<sup>248</sup>.

---

<sup>246</sup> Cfr. Anonimo, *La cassazione*, in *La nazione* del 20 marzo 1872, in D’ADDIO M., *Politica e magistratura*, *op. cit.*, documento n. 81, p. 503.

<sup>247</sup> Si può tradurre in questo senso: “Né certamente meglio si pronuncia colui che si appresta a pronunciare l’ultima sentenza” od, in altri termini, “Non è detto che chi per ultimo si appresti a sentenziare su di una questione, la decida meglio di chi su di essa ebbe a pronunciare precedentemente”.

<sup>248</sup> Cfr. SANDONNINI C., *Della Corte di cassazione e dei Tribunali di Terza istanza*, in *Monitore dei Tribunali*, n. 119-120 del 24 ottobre 1861, pp. 946-947.

A tali conclusioni giunse, qualche mese prima di SANDONNINI, anche BANDI in un suo articolo pubblicato sulla rivista “*La Legge*” nel quale, invece che criticare l’uniformità della giurisprudenza, si propone di smontare le argomentazioni critiche che i fautori della Cassazione appuntavano alla *disformità* della stessa, affermando come egli non veda «alcun inconveniente in questo, che la stessa legge, nei primi tempi della sua applicazione, sia interpretata in un modo a Firenze, in un altro modo a Torino. E se vi è inconveniente, deriva dalla natura delle cose, essendo assai raro che la prima interpretazione delle leggi nuove venga adottata come vera, ed essendo assai lento il procedere ed il formarsi della giurisprudenza. Le corti di revisione si illumineranno a vicenda e dal conflitto dei loro giudicati, provando e riprovando, sorgerà un giorno lo *ius receptum*. Come a fissare l’interpretazione del diritto romano contribuirono i giureconsulti e i tribunali di tutti i paesi civili, così ad interpretare il nuovo codice concorreranno tutti quelli d’Italia. Allora l’interpretazione sarà sapiente perché libera, quando non sia tiranneggiata da un tribunale investito del privilegio della infallibilità e del monopolio della giurisprudenza. L’autorità non deve essere privativa di un tribunale, ma merito dei giudicati riconosciuti liberamente. Al concilio universale dei tribunali, sospende la spada di Damocle sopra quelli che insorgano contro le sue decisioni, il perché tutti sono costretti ad accettare senza esame il voto della cassazione come fosse l’ultima parola della verità. Per tale modo la giurisprudenza non esprime il voto universale della magistratura, ma quello di un solo corpo giudicante»<sup>249</sup>.

### 3.1.3. (segue) c) *I profili politici*

In questi frangenti s’intendono anche i termini politici – *sub c)* – del dibattito, che non potevano non riflettersi in due diverse concezioni di quella che doveva essere la struttura organizzativa del giudiziario: in questo senso, alla visione gerarchica e autoritaria della giustizia che l’impostazione di stampo verticistico della Cassazione imponeva, si contrapponeva quella democratica presupposta dalla concezione antiautoritaria e dalla struttura orizzontale propria del sistema della Terza istanza.

---

<sup>249</sup> Cfr. BANDI G., *Cassazione o “terza istanza”?*, in *La Legge*, n. 5 del 6 maggio 1861, citato in CARCANO G., *Sul quesito: Cassazione o terza istanza?*, in *Mon. Trib.*, n. 44 del 5 novembre 1866, p. 1026. Per prendere visione del testo integrale dell’articolo, v. D’ADDIO M., *Politica e magistratura (1848-1846)*, Giuffrè, Milano, 1966, doc. n. 73, pp. 469 ss, spec. p. 474.



Se infatti il modello a Cassazione si fondava su di un «principio dispotico e irragionevole dell'autorità»<sup>250</sup> ossia il principio secondo il quale, ad attribuire “autorità” alle pronunce della Cassazione, fosse la mera collocazione al vertice della piramide giudiziaria<sup>251</sup>, il modello della Terza istanza legittimava l'autorità e quindi la definitività delle sentenze del Supremo collegio sulla base del un principio di maggioranza: la previsione ostativa al ricorso, rappresentato dalla cd. “doppia conforme”, si fondava infatti sostanzialmente su una concezione fortemente *egualitaria* dei giudici i quali erano, ognuno nel proprio grado e nella propria funzione, liberi ed indipendenti; la Magistratura suprema interveniva solo in caso di difformità tra i giudizi dei precedenti gradi, sul presupposto che, non essendo i giudici di merito pervenuti alla medesima soluzione, uno dei due fosse necessariamente corso in errore. Il giudizio del Tribunale di Terza istanza non s'imponeva quindi per il fatto di essere posto da un organo gerarchicamente sovraordinato ai precedenti, ma per aver, con il suo intervento, risolto un conflitto generatosi tra le due istanze precedenti facendo così, della sentenza, «la risultante di un confronto critico»<sup>252</sup>.

---

<sup>250</sup> v. nota 247.

<sup>251</sup> Cfr. TARUFFO M., *Cassazione e revisione*, in *Il vertice ambiguo*, op. cit., p. 38 ove, l'a. rileva come «in questo contesto, il vincolo che dalla pronuncia della Cassazione discende sul giudice di rinvio [venga] visto da lato come la conferma dell'ideologia gerarchica della giustizia (per cui è “più giusta” la decisione dell'organo burocraticamente sovraordinato), e dall'altro come un'inammissibile violazione dei principi di indipendenza del giudice dell'uguale dignità di tutti i magistrati».

<sup>252</sup> Cfr. MECCARELLI M., *Le Corti di cassazione nell'Italia Unita*, op. cit., p. 114; il sistema prospettato era quello già presente nelle province lombarde ove, rileva D'ADDIO, «i gradi di giurisdizione nel procedimento giudiziario (...) erano tre: dal tribunale si ammetteva il ricorso in appello ed era consentito di portare la causa al supremo tribunale solo nel caso di difformità delle sentenze di primo e di secondo grado. il tribunale di terza istanza decideva quindi in diritto ed in fatto, ribadendo o la sentenza del tribunale o quella dell'appello; nel caso che l'appello avesse confermato la prima sentenza non vi era più la possibilità di ricorrere: la causa era irrevocabilmente decisa. Tale sistema si fondava essenzialmente sul fatto che nel giudizio di secondo grado non era consentito di presentare nuovi elementi di prova a sostegno delle tesi e dell'attore e del convenuto, quantomeno dedurre nuove domande sia pure connesse alla domanda principale: in altri termini la causa doveva essere assunta in tutti i suoi elementi dinnanzi al giudice di prima istanza. ne derivava, di conseguenza, che il giudice di secondo grado non faceva altro che esaminare la causa negli stessi aspetti su cui si era fondata la decisione del tribunale, e lo stesso accadeva per il giudice di terza istanza. in tal modo il sistema della terza istanza si fondava sostanzialmente sulla possibilità di rendere operante il criterio della maggioranza dei giudici chiamati a decidere la causa: infatti la sentenza conforme del primo e del secondo giudice definiva la causa: in caso di difformità di giudizio il terzo giudice poteva seguire o la decisione del tribunale o quella dell'appello e formare in tal modo la maggioranza. In definitiva, non vi era fra il giudice di primo grado, e di secondo e di terzo una distinzione gerarchica, per cui la volontà del superiore si sostituiva a quella dell'inferiore, ma sostanziale parità di funzioni, dato che l'atto del giudicare è in fondo identico nei vari gradi di giurisdizione: può esserci indubbiamente una diversità di opinioni su una determinata questione, ma questa, fra uguali, può essere risolta solamente sulla base della maggioranza. La struttura del processo nel sistema della terza istanza era fondata indubbiamente sul giudice di tribunale nel senso che, pur riconoscendosi ai giudici di appello e di terza istanza una più profonda cultura giuridica, unita ad una più matura esperienza, la preparazione professionale del giudice di tribunale era tale da consentirgli di partecipare da pari a pari all'eventuale maggioranza che avrebbe in sostanza definito la causa e di fissare, per tutta la durata del procedimento, i termini della causa stessa, dato che la fase delicatissima della

In tal senso le osservazioni di BANDI, secondo cui «l'autorità di far cosa giudicata non può mai appartenere ad un solo tribunale, ma a più tribunali consenzienti. Tra due tribunali che si contraddicono è una finzione arbitraria e irrazionale quella che abbia giudicato bene il secondo e male il primo. È dunque necessario un terzo tribunale che sia giudice tra di loro, e la sua sentenza può far cosa giudicata, non perché profferita da esso, ma perché concorde con una precedente. Inoltre la questione capitale e spesso volte più difficile essendo quella di fatto, è contraddittorio che mentre a quella in diritto sono concessi tre gradi, a questa ne sieno concessi due soli: è contraddittorio che non bastino a decidere irrevocabilmente il diritto due sentenze conformi, e basti a decidere irrevocabilmente il fatto la sentenza anche revocatoria di una corte di appello»<sup>253</sup>.

Le argomentazioni finora esposte, che esse siano di stampo ideologico, tecnico-giuridico o politico – e per quanto quelle riportate siano solo *una parte* rispetto ai diversi temi che furono sollecitati nel dibattito “Cassazione o Terza istanza” prima e “Unicità o pluralità di Cassazioni” poi – parrebbero sufficienti non solo a giustificare la mancanza di un'esplicita presa di posizione da parte del Legislatore post-unitario, ma anche a far riflettere sulla possibilità che, lo si ricorda, l'adozione del modello a Cassazione non possa intendersi come il frutto di una «progressiva depurazione del nostro ordinamento da ingombranti residui del diritto comune, verso la realizzazione di un modello inteso come l'espressione ottimale della razionalità a livello di magistratura suprema»<sup>254</sup>.

Sotto il primo profilo è infatti possibile, alla luce delle considerazioni finora svolte, se non giustificare quantomeno comprendere, la scelta di compromesso che il Legislatore post-unitario prese adottando un sistema *transitorio* in luogo di quella *definitiva* che avrebbe dovuto condurre con coraggio e determinazione, sul rilievo delle notevoli implicazioni politiche e di sistema che quest'ultima avrebbe determinato.

Rispetto invece al secondo profilo, l'ampiezza e la profondità dei temi toccati nel dibattito in esame, dimostrano una realtà storico-ideologica molto diversa da quella invece prospettata – e si potrebbe dire, così minimizzata – da CALAMANDREI nella sua ricostruzione nella quale, secondo TARUFFO, non si mostra «disposto a considerare la

---

assunzione delle prove e quindi della certificazione della controversia si chiudeva in modo definitivo nel primo grado» Cfr. D'ADDIO M., *Politica e magistratura*, op. cit., pp. 107-108.

<sup>253</sup> Cfr. BANDI G., *Cassazione o “terza istanza”?*, in D'ADDIO M., *Politica e magistratura*, op. cit., documento n. 73, pp. 469 ss, spec. p. 472.

<sup>254</sup> Così il TARUFFO riassume le parole del CALAMANDREI [*Cassazione civile. Vol. I, Storia e legislazioni*, p. 736 ss] cfr. TARUFFO M., *Cassazione e revisione*, in *Il vertice ambiguo*, op. cit., p. 49.

revisione o la Cassazione-terza istanza come alternative serie al modello puro della Cassazione di derivazione francese, né a valutare nella loro effettiva portata le numerose critiche che a questo vengono rivolte (...) gli sfugge inoltre, e di conseguenza, il significato politico dell'operazione che i governi unitari compiono, all'insegna della Cassazione, al fine di attuare il controllo sull'ortodossia delle magistrature inferiori». In altre parole, nell'affermare che il passaggio dai precedenti sistemi a quello a Cassazione, sia un "passaggio dall'irrazionale al razionale, CALAMANDREI «non considera che, se anche si [voglia] vedere in questa vicenda qualche razionalità, non si tra[tterebbe] della razionalità dei dogmi o dei principi giuridici, ma della ben diversa razionalità di un potere che si va organizzando e consolidando in modo autoritario, centralizzato e burocratico»<sup>255</sup>.

### 3.2. *La sostanziale unificazione del 1888 e il formale riconoscimento del '23*

L'incertezza che il dibattito scientifico contribuì a radicare nel Legislatore post-unitario è evidente anche con riguardo all'*iter* normativo che portò all'istituzione, nel 1923, della Cassazione unica.

Non ci si soffermerà in questa sede, per le ragioni più volte espresse, ad esaminare ogni singolo progetto di legge sulla tipologia e organizzazione relativa alla Magistratura suprema; qui basti considerare che, nonostante le proposte presentate fossero molteplici e tra loro diversificate<sup>256</sup>, nessuna di esse riuscì a concretizzarsi positivamente.

Gli interventi legislativi che incisero, in modo più o meno profondo ma comunque mai definitivo, sull'assetto di quello che doveva essere il vertice della giustizia, si caratterizzarono infatti per la cautela con cui furono posti in essere e per la propria settorialità<sup>257</sup>. Tra questi, due in particolare verranno in questa sede analizzati: la legge 12 dicembre 1875, n. 2837, che autorizzò il Governo ad istituire due sezioni temporanee di

---

<sup>255</sup> Cfr. TARUFFO M., *Cassazione e revisione*, in *Il vertice ambiguo*, op. cit., p. 50.

<sup>256</sup> Tra i vari progetti presentati tra il 1860 e i primi anni del Novecento si ricordano, a seconda della tipologia di giurisdizione suprema proposta: a) il Progetto Cassinis (1860-1861), la proposta del primo Congresso giuridico italiano del 1872, il Progetto Giannuzzi-Savelli (1883-1884), il Progetto Zanardelli-Coco-Ortu (1903) e il Progetto Orlando (1908) per una giurisdizione suprema articolata regionalmente; b) il Progetto del Circolo giuridico di Palermo (1891), il Progetto Gianturco (1900) e il Progetto Gallo (1906) per una giurisdizione suprema unitaria, ripartita in più sezioni regionali; c) il Progetto De Filippo (1868), il Progetto Reali (1870-1871), il Progetto De Falco (1872), il Progetto Vagliani (1875) e il progetto Tajani (1885-1886) per una Corte suprema unica. Per una singola analisi dei vari progetti v. MECCARELLI M., *Le Corti di cassazione nell'Italia unita*, op. cit., pp. 48 ss e CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI*, op. cit., §271, pp. 675 ss.

<sup>257</sup> Per un elenco cronologico dei provvedimenti adottati v. CALAMANDREI P., (a cura di CAPPELLETTI M.) *Op. giur. Vol. VI*, op. cit., §267, pp. 669 ss.

Cassazione – l’una in materia civile l’altra in materia penale – a Roma, e la legge 6 dicembre 1888, n. 5825, che attribuiva alla cognizione della Cassazione romana tutti i ricorsi da giudicarsi a sezioni unite in materia civile e la promuoveva a Cassazione unica del Regno in materia penale.

La legge del 12 dicembre 1875, n. 2837<sup>258</sup> rappresentò forse il primo, vero, “cavallo di Troia” nel percorso che portò all’unificazione delle Cassazioni in Italia e ciò in ragione dalle modalità con le quali fu posto in essere. Il provvedimento, presentato dal Governo alla Camera col mero intento di risolvere l’*impasse* che gli arretrati delle Supreme corti avevano ingenerato nella Macchina della giustizia<sup>259</sup>, prevedeva inizialmente l’istituzione di due sezioni temporanee di Cassazione a Roma le quali avrebbero dovuto coadiuvare le Cassazioni di Napoli, Torino e Firenze accogliendo i ricorsi provenienti da alcuni distretti giudiziari prima rientranti nelle loro competenze<sup>260</sup>, alleggerendo così l’eccessivo carico di lavoro a cui erano sottoposte. Fin qui, nessun legittimo sospetto potrebbe essere sollevato contro il provvedimento che, lungi dal voler platealmente unificare le Cassazioni, ne istituiva invero una ulteriore. Ma, come è noto, i greci non entrarono a Troia se non grazie all’ingegno, e tale ingegno non può che evincersi nelle competenze che, secondo il progetto, dovevano essere attribuite alle Sezioni romane: oltre infatti alla cognizione dei ricorsi pendenti e di quelli che sarebbero sopravvenuti contro le sentenze pronunciate nei distretti giudiziari di Roma, Bologna, Ancona, L’Aquila e Cagliari (art. 2, L. 2837/1875), alle sezioni temporanee di Roma era deferita, *in via esclusiva*, dall’art. 3, L. 2837/1875, la cognizione circa: i conflitti di giurisdizione (art. 3, n. 1); le azioni civili contro colleghi e funzionari dell’ordine giudiziario nonché i ricorsi per annullamento delle sentenze proferite nella stessa materia dalle Corti d’Appello (art. 3, n. 2); l’indicazione dei Tribunali competenti per motivi di sicurezza pubblica o di legittima sospezione (art. 3, n. 3); i procedimenti disciplinari attribuiti alla Corte di Cassazione dalla legge sull’ordinamento

---

<sup>258</sup> Alla L. 12 dicembre 1875, n. 2837, pubblicata nella G.U. del Regno d’Italia, n. 300 del 27 dicembre 1875, p. 7667, consultabile online nell’archivio della Gazzetta Ufficiale Storica: <http://augusto.digitpa.gov.it/>, si farà successivamente riferimento nella forma abbreviata di: “L. 2837/1875”.

<sup>259</sup> Le critiche all’eccessivo arretrato delle Corti di Cassazione di Napoli, Torino e Firenze che, rileva D’ADDIO, «sembrava addirittura paralizzare l’attività di quei supremi consessi», furono sollevate da più voci della Camera già nel 1874, in occasione della discussione sul bilancio del Ministero di Giustizia, cfr. D’ADDIO M., *Politica e magistratura*, op. cit., p. 127.

<sup>260</sup> Le sezioni temporanee della Cassazione di Roma avrebbero quindi dovuto conoscere dei ricorsi provenienti dai distretti di: a) Ancona, Bologna e Cagliari, prima giudicati dalla Cassazione di Torino; b) dell’Aquila, prima giudicati dalla Cassazione di Napoli; c) di Roma, prima giudicati dalla Cassazione di Firenze secondo quanto disposto dalla l. 2 aprile 1871, n. 151. Cfr. MECCARELLI M., *Le Corti di Cassazione nell’Italia unita*, op. cit., p. 22, nota 23.

giudiziario (art. 3, n.4); i ricorsi contro sentenze pronunciate tra privati e P.A. che siano impugnate per violazione o falsa applicazione delle leggi sulle imposte o tasse dello Stato o delle leggi sulla soppressione delle corporazioni religiose o di altri enti morali ecclesiastici e sulla liquidazione e conversione dell'Asse ecclesiastico (art. 3, n. 5, lett. *a*) e *b*)); le contravvenzione alle leggi riguardanti la materia tributaria ed ecclesiastica (art. 3, n. 6) e i ricorsi in materia di elezioni politiche e amministrative (art. 3, n. 7). In altre parole, ed in particolare quelle di D'ADDIO, «le questioni più importanti e più delicate venivano sottratte alla competenza delle cassazioni regionali ed affidate alle sezioni temporanee di cassazione in Roma: un vero e proprio espediente, degno del più consumato leguleio, che ebbe come risultato quello di avvalorare la convinzione che il governo intendesse dare della cassazione un tribunale a sua immagine e somiglianza al fine di “sottomettere” la giurisprudenza in materia tributaria, elettiva, ecclesiastica alle sue direttive»<sup>261</sup>.

Approfittando di un momento di debolezza istituzionale, nel quale – rileva sempre D'ADDIO – «il Parlamento cercava un rimedio qualsiasi alla cronica lentezza della giustizia» e dietro l'assicurazione che «approvandolo non si pregiudicava in nulla la questione dell'ordinamento della suprema magistratura in Italia»<sup>262</sup>, il Governo riuscì infine a farsi approvare il progetto, del quale si diede applicazione con il Regio Decreto 23 dicembre 1875, n. 2852<sup>263</sup>.

Se, si è detto, con l'emanazione della L. 2837/1875 si era surrettiziamente dato avvio a quella che era la *sostanziale* unificazione delle Cassazioni italiane, con la L. 6 dicembre 1888, n. 5825<sup>264</sup> tale percorso giunse al suo termine. Anche le contingenze che diedero vita alla L. 5825/1888 non sembravano orientate a quella faticosa scelta di sistema che era l'istituzione della Cassazione unica: la contemporanea presentazione, nel 1887, del relativo progetto con quello concernente la riforma del codice penale e il titolo dello stesso, “*Deferimento alla Cassazione di Roma, della cognizione di tutti gli affari penali del*

---

<sup>261</sup> Di questa opinione, continua D'ADDIO, «si fece interprete alla camera nella tornata del 16 novembre 1875 l'on. Fusco, che richiamò l'attenzione dei colleghi sull'inopportunità del provvedimento, che, invece di predisporre le opportune riforme atte a risolvere il grosso inconveniente degli arretrati, cercava di introdurre di soppiatto la cassazione unica» Cfr. D'ADDIO M., *Politica e magistratura*, op. cit., p. 128.

<sup>262</sup> *Idem*.

<sup>263</sup> Il Regio Decreto 23 dicembre 1875, n. 2852 è pubblicato nella G.U. del Regno d'Italia, n. 300 del 27 dicembre 1875, p. 7669, consultabile online nell'archivio della Gazzetta Ufficiale Storica: <http://augusto.digitpa.gov.it/>.

<sup>264</sup> Alla L. 6 dicembre 1888, n. 5825, pubblicata nella G.U. del Regno d'Italia, n. 289 del 10 dicembre 1888, p. 5637, consultabile online nell'archivio della Gazzetta Ufficiale Storica: <http://augusto.digitpa.gov.it/>, si farà successivamente riferimento nella forma abbreviata di: “L. 5825/1888”.

*Regno*”, sembrava ancorare l’emanazione del provvedimento, così come ribadirà nel 1903 lo ZANARDELLI, «ad “imprescindibili esigenze” della materia penale e senza secondi fini»<sup>265</sup> riguardo alla realizzazione di un progetto organico sul versante civilistico<sup>266</sup>. Sennonché, accanto alle disposizioni penalistiche, prima tra tutte l’art. 1 secondo cui «*La Corte di cassazione di Roma, oltre le attribuzioni che le sono deferite dalle leggi 12 dicembre 1875, n. 2837 e 31 marzo 1877, n. 3761, eserciterà quelle ora spettanti alle altre Corti di cassazione del Regno nella materia penale*»<sup>267</sup>, la L. 5825/1888 interveniva a riformare anche le Cassazioni civili disponendo, all’art. 8, il deferimento di tutti i ricorsi che per legge dovevano essere decisi dalle Sezioni unite, alla cognizione della Cassazione romana<sup>268</sup>.

Si istituiva così, *sostanzialmente*, la Cassazione unica a Roma che, pur in contemporanea presenza alle quattro Cassazioni di Torino, Napoli, Firenze e Palermo si caratterizzava per specificità di non poco rilievo essendo esclusivamente ad essa riferito un «potere sostanzialmente gerarchico sulle altre»<sup>269</sup>.

Nonostante il fatto che all’unificazione si fosse già in pratica pervenuti nel 1888, per il *formale* riconoscimento della Cassazione unica in Roma e per la conseguenziale abolizione delle rimanenti quattro Corti di Cassazione italiane, occorrerà aspettare gli anni Venti del Novecento nel cui contesto, politico e dottrinale, si giunse infine al superamento del cd. “sistema transitorio” con l’emanazione del R.D. 24 marzo 1923, n. 601<sup>270</sup>. Anche in questo

---

<sup>265</sup> Cfr. ZANARDELLI G., *Discorso del Presidente del Consiglio rivolto alla Camera dei Deputati, nella tornata del 25 marzo 1903*, in *Discorsi parlamentari*, p. 619, citato in MECCARELLI M., *Le Corti di cassazione nell’Italia unita*, op. cit., p. 29, nota 46 ove, l’a. sottolinea come, secondo lo Zanardelli, «l’istituzione della cassazione penale occorreva coincidesse con la promulgazione del nuovo codice penale, il quale non dovevasi lasciare in preda alle più opposte interpretazioni da luogo a luogo».

<sup>266</sup> Del resto, rileva il MECCARELLI, «infatti erano proprio i sostenitori della cassazione ad essere preoccupati che l’accantonamento della riforma per la materia civile potesse nascondere, in realtà, un’opzione per la terza istanza», cfr. MECCARELLI M., *Le Corti di cassazione nell’Italia unita*, op. cit., p. 30.

<sup>267</sup> Art. 1, L. 6 dicembre 1888, n. 5825.

<sup>268</sup> Art. 8, L. 6 dicembre 1888, n. 5825: “1. I ricorsi in materia civile e commerciale che a norma di legge devono essere decisi a sezioni unite saranno, con la cessazione delle sezioni temporanee, deferiti per la decisione alla Corte di cassazione di Roma, la quale giudicherà pure a sezione semplice degli altri motivi di ricorso. 2. Per le decisioni a sezioni unite presso la Corte medesima, quando si tratti di causa penale, si uniscono le due sezioni penali, e quando si tratti di causa civile si nomina la sezione civile alla seconda penale”.

<sup>269</sup> Cfr. MECCARELLI M., *Le Corti di cassazione nell’Italia unita*, op. cit., p. 31. La riforma, osserva l’a., «pur essendo orientata su altri obiettivi, anche in questo caso produce effetti strutturali. La legge del 1888 costituisce per certi versi l’aggiustamento conclusivo dell’ordinamento transitorio nei suoi tratti fondamentali».

<sup>270</sup> Al R.D. 24 marzo 1923, n. 601, *Riguardante la circoscrizione giudiziaria del Regno*, pubblicato in G.U. del Regno n. 92 del 19 aprile 1923, p. 3117, si farà successivamente riferimento nella forma abbreviata di: “R.D. 601/1923”.

caso, le profonde implicazioni strutturali che il provvedimento pose in essere non possono ricondursi né ad un intento del tutto cristallino, né ad una democratica scelta di sistema: il R.D. 601/1923 era infatti un decreto delegato, emesso in forza di una legge delega – la Legge 3 dicembre 1922, n. 1601<sup>271</sup> – la quale attribuiva al Governo, fino al 31 dicembre 1923, la facoltà di emanare disposizioni avente valore di legge al fine, si legge all’art. 1 della L. 1601/1922, di «riordinare il sistema tributario allo scopo di semplificarlo, di adeguarlo alle necessità del bilancio e di meglio distribuire il carico delle imposte [e] per ridurre le funzioni dello Stato, riorganizzare i pubblici uffici ed istituti, renderne più agili le funzioni e diminuire le spese»<sup>272</sup>.

La delega, in altre parole, non autorizzava il Governo a risolvere la questione, ormai dibattuta da più di mezzo secolo, sull’assetto della Magistratura suprema sennonché, all’art. 1 del R.D. 601/1923 si leggeva: “1. Le Corti di cassazione di Firenze, Napoli, Palermo e Torino sono soppresse. 2. La Corte di cassazione di Roma eserciterà tutte le attribuzioni ora spettanti alle altre Corti soppresse e prenderà il nome di Corte di cassazione del Regno”. Voilà, ecco istituita la Suprema Corte di Cassazione italiana e, si presti attenzione, senza peraltro indicare alcuna attribuzione o disciplina transitoria circa il nuovo assetto imposto, rinviando, ai sensi dell’ultimo comma dell’art. 5 R.D. 601/1923, a successivi decreti per provvedere alle «disposizioni transitorie e a quelle altre che fossero necessarie per la completa attuazione del presente decreto»<sup>273</sup>.

È proprio per la “incompiutezza” della riforma, osserva MECCARELLI, che «il nuovo orizzonte dischiusosi a seguito del provvedimento del 1923 sarebbe stato in realtà costruito, così come era successo fino ad allora, attraverso le pratiche, le riflessioni

---

<sup>271</sup> Alla L. 3 dicembre 1922, n. 1601, *concernente: Delegazione di pieni poteri al Governo del Re per il riordinamento del sistema tributario e della pubblica amministrazione*, pubblicata in G.U. del Regno, n. 293 del 15 dicembre 1922, p. 3291, si farà successivo riferimento nella forma abbreviata di: “L. 1601/1922”.

<sup>272</sup> Art. 1, L. 1601/1922: “Per riordinare il sistema tributario allo scopo di semplificarlo, di adeguarlo alle necessità del bilancio e di meglio distribuire il carico delle imposte; per ridurre le funzioni dello Stato, riorganizzare i pubblici uffici ed istituti, renderne più agili le funzioni e diminuire le spese, il Governo del Re ha, fino al 31 dicembre 1923, facoltà di emanare disposizioni aventi valore di legge”.

<sup>273</sup> Art. 5.4, R.D. 601/1923: “Con successivi Nostri decreti sarà provveduto alle tabelle relative alla distribuzione numerica del personale della magistratura e delle cancellerie e segreterie nei vari uffici giudiziari e saranno date le norme di carattere amministrativo che occorreranno, le disposizioni transitorie e quelle altre che fossero necessarie per la completa attuazione del presente decreto”. Tra queste si ricorda il Regio Decreto 30 dicembre 1923, n. 2786, *Testo unico delle disposizioni sull’ordinamento degli uffici giudiziari e del personale della magistratura*, pubblicato in G.U. del Regno, n. 306 del 31 dicembre 1923, p. 7424 ossia la legge sull’ordinamento giudiziario del ’23 che, per quanto concerne la Cassazione, nulla sembra apportare rispetto a quanto statuito dell’art. 122, ord. giud. 1865, con riferimento agli scopi istituzionali dell’organo, disponendo l’art. 61 dell’ord. giud. 1923 che: “La Corte di cassazione è istituita per mantenere l’esatta osservanza delle leggi ed è unica per tutto il Regno, con sede a Roma”.

dottrinali sull'identità dell'istituto, le nuove iniziative di riforma e i ritocchi legislativi progressivi»<sup>274</sup>.

Al netto di tali considerazioni non deve quindi certo meravigliare il fatto che alcuni autori apostrofino tale riforma come «una delle prime misure accentratrici del fascismo, inteso a potenziare al massimo la capitale e a ridurre la meno controllabile voce delle provincie»<sup>275</sup>; e, seppur non si possa, in termini di assoluta certezza, ricondurre il provvedimento ad una più generale politica di sistema, non si può altrimenti non considerare come la riforma contribuì a fare della nuova Cassazione uno “strumento di politica del diritto” capace di influenzare l'avvenire attraverso le proprie pronunce in nome di una nobilissima nomofilachia e di una necessaria uniformità nella giurisprudenza. Del resto, lo ricorda anche una nota della Direzione del *Monitore dei Tribunali*, che aveva in quegli anni abbandonato la tradizionale linea di sostegno al sistema della Terza istanza e del pluralismo giurisdizionale<sup>276</sup>, nella quale si legge come «la precipua ragione della unificazione delle cassazioni [fosse] stata quella di uniformare la giurisprudenza e di dare alle decisioni della Corte suprema un carattere normativo»<sup>277</sup>.

#### 4. *Le possibili influenze del pensiero di Piero Calamandrei*

La svolta decisiva per l'adozione *definitiva* del modello a Cassazione nell'unicità della sua struttura si ebbe quindi negli anni Venti del Novecento e fu favorita, almeno in parte, dal clima politico del Regime. In questa sede si cercherà di approfondire quella che forse rappresenta l'*altra* grande contingenza che portò alla conclusione del sistema transitorio, rappresentata dai contributi che la scienza giuridica, *negli stessi anni*, ebbe ad apportare alla causa. Il riferimento è ovviamente a quella che FINZI, nel suo commento, definì essere oltre che un «cospicuo contributo alla dottrina della Cassazione civile (...), una delle letture più piacevoli ed interessanti che la recente produzione scientifica abbia offerto allo studioso non pure del diritto processuale, ma del diritto in genere»<sup>278</sup>, ossia i due volumi de *La Cassazione civile* firmati, nel 1920, da PIERO CALAMANDREI.

---

<sup>274</sup> Cfr. MECCARELLI M., *Le Corti di cassazione nell'Italia unita*, op. cit., p. 35.

<sup>275</sup> Cfr. PERETTI GRIVA D.R., *Per il ripristino delle Cassazioni regionali*, op. cit., p. 40.

<sup>276</sup> Cfr. MECCARELLI M., *Le Corti di cassazione nell'Italia unita*, op. cit., p. 38, nota 65.

<sup>277</sup> Cfr. nota della Direzione, *Per l'uniformità della giurisprudenza*, in *Monitore dei Tribunali*, LXV, 1924, p. 321, citato in MECCARELLI, op. loc. ult. cit.

<sup>278</sup> Cfr. FINZI E., *Recensione alla Cassazione civile. Vol. I Storia e legislazione. Vol. II. Disegno generale dell'istituto*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, n. 87, 1922, pp. 109 ss, specc. pp. 122-123.



Il Maestro fiorentino discorreva in quei volumi, in questa sede più volte citati, con invidiabile abilità di argomentazione, sia di quello che doveva essere lo *scopo* della Cassazione sia di quelle che, per poter correttamente perseguire tale scopo, dovevano essere la *struttura* ed il *funzionamento* della stessa. Nei paragrafi che seguiranno si cercherà quindi di analizzare se e come le teorie di CALAMANDREI abbiano potuto influenzare, da un lato, quello che l'art. 65 del R.D. 30 gennaio 1941, n. 12 avrebbe delineato essere lo *scopo* della Cassazione e, dall'altro, quella che sarebbe stata, a seguito del R.D. 601/1923, la sua struttura.

#### 4.1. (segue) *Il ruolo istituzionale: la riformulazione dell'art. 122, ord. giud. 1865*

Lo scopo istituzionale dell'organo di Cassazione rappresenta, per così dire, il “primo motore immobile” nell'opera di CALAMANDREI: solo attraverso una corretta individuazione di quelle che sono le finalità istituzionali della Corte è possibile infatti, secondo l'illustre giurista, delineare ciò che dovrebbe essere il corretto funzionamento della stessa. In altre parole, lo *scopo* della Cassazione deve considerarsi una sorta di “faro” che, illuminando solo gli aspetti organizzativi e processuali idonei in pratica a conseguirlo, metterebbe in rilievo ciò che nell'assetto dell'istituzione andrebbe mantenuto rispetto a ciò che, rimanendo in ombra, dovrebbe essere modificato o da esso espunto.

A prescindere ora da eventuali rilievi che nel merito di tale impostazione potrebbero sollevarsi, quali, per esempio, la possibilità che l'ontologia delle cose sia da ricercarsi nel modo in cui le stesse naturalmente si vanno costruendo nella realtà e non già nel modo in cui artificialmente le si impone di essere, occorre soffermarsi sul fatto che, pur ammettendo la possibilità di ricostruire il *Sein* della Corte dall'individuazione circa il *Sein-Sollen* della stessa, quest'ultimo non appare da CALAMANDREI delineato negli stessi termini in cui era positivamente descritto dall'art.122 dell'ord. giud. 1865, ossia l'unica norma che, nel periodo storico in cui scriveva il Maestro fiorentino, indicava essere il ruolo istituzionale attribuito alla Corte di Cassazione. Ma questo, del resto, è ammesso anche dallo stesso CALAMANDREI il quale rileva, nella premessa di apertura al secondo volume de *La Cassazione civile*, come «la formula, contenuta nell'art. 122 della LOG, secondo la quale “la Corte di cassazione è istituita per mantenere l'esatta osservanza delle leggi”, non

riesce[a] a dare, a chi si limiti a intenderla nel suo significato letterale, un'idea, non dico esatta, ma nemmeno approssimativa, dell'istituto a cui si riferisce»<sup>279</sup>.

È infatti attraverso una curata argomentazione che il giurista riesce a leggere, nel disposto di cui all'art. 122 ord. giud. 1865, un intento del tutto peculiare che in estrema sintesi individua lo scopo della Cassazione nella dichiarazione circa l'*esatta interpretazione della legge*, ossia il momento di sintesi tra l'aspetto negativo – *rectius*, la nomofilachia – e quello positivo – *rectius*, l'uniformità della giurisprudenza – del *controllo giuridico* – *rectius*, esatta osservanza della legge – proprio dell'ufficio della Corte di Cassazione.

Già da questi termini è possibile scorgere, da un lato, come quella prospettata da CALAMANDREI non sia che una *ridefinizione* della positiva formulazione sancita dall'art. 122 ord. giud. 1865, la quale si limitava ad istituire la Corte per “*mantenere l'esatta osservanza delle leggi*” e, dall'altro, come tale riformulazione richiami l'essenza del disposto di quell'articolo dell'ordinamento giudiziario che, nel 1941, verrà a definire – e definisce tutt'oggi – gli *scopi* della Suprema Corte<sup>280</sup>. Pare quindi opportuno richiamare, seppur in via schematica e certamente sintetica, le argomentazioni che condussero CALAMANDREI a dare tale particolare interpretazione alla lettera dell'art. 122 ord. giud. 1865.

Il primo fondamentale assioma che il giurista propone è quello per cui «la Corte di cassazione serve ad uno scopo differente da quello a cui servono tutti gli altri organi giurisdizionali»<sup>281</sup>. Questa, del resto, non potrebbe che essere l'unica logica ragione, secondo CALAMANDREI, per la quale il Legislatore avrebbe provveduto per *il solo* organo di Cassazione ad emanare una specifica norma – l'art. 122 ord. giud. 1865, per l'appunto – che ne definisca gli scopi, senza altrimenti provvedere in tal senso anche per gli altri organi giurisdizionali.

Appurato quindi che il fine istituzionale attribuito alla Corte di Cassazione sia necessariamente *diverso* da quello attribuito dallo Stato agli altri organi di giurisdizione

---

<sup>279</sup> Cfr. CALAMANDREI P., *La Cassazione civile. vol. II. Disegno generale dell'istituto*, op. cit., § 4, pp. 7-8.

<sup>280</sup> Il riferimento è ovviamente all'art. 65, R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, secondo il quale: “*La Corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie agli altri compiti ad essa conferiti dalla legge*”.

<sup>281</sup> Cfr. CALAMANDREI P., *La Cassazione civile. vol. II. Disegno generale dell'istituto*, op. cit., § 4, p. 9.

ordinaria, CALAMANDREI si propone di individuare in cosa consista questa differenza e per farlo s'interroga sul significato che necessariamente deve assumere la locuzione “osservanza delle leggi” introducendo, in questo contesto, il concetto di “controllo giuridico”.

Innanzitutto si propone un'interpretazione estensiva dell'espressione testualmente utilizzata nell'art. 122 ord. giud., rilevando come con “osservanza delle leggi” si debba invero intendere *«esecuzione dei concreti comandi nascenti dalla legge, per parte di coloro cui questi si indirizzano»*<sup>282</sup>. A tale conclusione CALAMANDREI perviene considerando come nessuna norma o legge, in quanto per definizione *generale ed astratta*, possa essere né “osservata” né “violata” fintanto che si mantiene *ipotetica* essendo per ciò stesso indirizzata ad una platea indefinita di destinatari; solo «quando alcuno, nella vita pratica, viene a trovarsi positivamente e concretamente in quelle tali condizioni di fatto che la norma ipotizza in astratto»<sup>283</sup>, ossia quando «per il coincidere della fattispecie legale colla fattispecie concreta scaturisce dalla volontà generica contenuta nella norma una volontà specifica relativa al singolo caso, e dal comando indeterminato contenuto nella norma nasce un comando determinato e preciso volto a ottenere una certa condotta da un persona individualmente definita»<sup>284</sup> è possibile che tale destinatario, con il suo comportamento, la “osservi”, conformando la sua condotta al precetto giuridico che la legge gli comanda o la “violi”, ad esso non conformandosi.

Precisato così quello che è il significato di “osservanza della legge”, CALAMANDREI ritiene dunque di ridurre la funzione della Corte di cassazione allo scopo di *«vegliare a che le concrete volontà giuridiche nascenti dalla legge per il coincidere della fattispecie concreta colla fattispecie legale, siano eseguite esattamente dai loro destinatari»*<sup>285</sup>. Così facendo però nulla cambierebbe rispetto a quello che è lo scopo degli altri organi giurisdizionali, smentendo così il primo assioma della sua teoria.

Ecco quindi che il giurista introduce il concetto di “controllo giuridico”.

---

<sup>282</sup> *Ivi*, §5, p. 11. La scelta del corsivo non è originale, ma qui introdotta a fini di maggiore chiarezza espositiva.

<sup>283</sup> *Ivi*, §5, p. 10.

<sup>284</sup> *Idem*.

<sup>285</sup> *Ivi*, §5, p. 11, anche in questo caso il corsivo non si rinviene nel testo originale.

Il “controllo giuridico” non è che una esplicazione della funzione giuridica dello Stato<sup>286</sup> che può essere riassunta come «l’attività dello Stato volta a far valere le norme giuridiche già poste»<sup>287</sup> e, più nello specifico, «si può parlare di controllo *giuridico* quando l’indagine sia diretta a stabilire se la condotta tenuta da una persona in determinate circostanze si sia svolta secondo il concreto imperativo nato, all’indirizzo di quella stessa persona, da una norma [regola di condotta] *giuridica*»<sup>288</sup>. Il controllo giuridico può esercitarsi sia sulla *condotta dei privati* sia sulla *condotta degli organi dello Stato*: sotto il primo profilo si può comunemente parlare, secondo CALAMANDREI, di “giurisdizione civile”, essendo essa il mezzo attraverso cui lo Stato «mira ad accertare se in materia civile siano state volontariamente attuate dai privati le concrete volontà di legge scaturenti al loro indirizzo dalle norme giuridiche, e, in caso negativo, ad attuarle coattivamente sostituendosi ai trasgressori»<sup>289</sup>; sotto il secondo profilo si fa invece riferimento al cd. “controllo sul controllo” in quanto, «l’organo giurisdizionale, istituito per controllare che la condotta dei sudditi corrisponda ai precetti giuridici di cui essi sono destinatari, è sottoposto a sua volta al sindacato di un organo superiore, incaricato di controllare se l’attività di controllo esercitata dal giudice si sia svolta nell’ambito della legalità»<sup>290</sup>.

Ora, essendo sia gli organi di giurisdizione ordinari che l’organo di Cassazione, organi *di controllo giuridico*, istituiti al fine di vigilare che la legge sia osservata, la *differenza* – primo assioma – tra i due scopi deve necessariamente trovarsi nella «diversità dell’*oggetto* sul quale la funzione di controllo si spiega nei vari casi: infatti, mentre gli organi della giurisdizione civile diversi dalla Corte di cassazione esercitano il loro controllo sulla condotta dei privati, il controllo della Corte di cassazione ha per oggetto la condotta degli organi giurisdizionali, in quanto la attività di questi sia regolata da norme giuridiche di diritto pubblico. Questa differenza, la quale costituisce, per così dire, la chiave di volta di tutto l’istituto, non si trova neppure accennata nella lettera dell’articolo 122; ma essa (...) dev’essere fin d’ora messa in evidenza, se si vuol dare significato preciso all’articolo stesso, il cui tenore dovrebbe pertanto essere integrato in questo modo: “La Corte di cassazione è istituita per mantenere l’esatta osservanza delle leggi *da parte degli organi*

---

<sup>286</sup> Che ricomprende, oltre al *controllo giuridico*, anche la funzione legislativa, ossia l’attività dello stato volta a porre norme giuridiche.

<sup>287</sup> Cfr. CALAMANDREI P., *op. loc. ult. cit.*, §6, p. 12.

<sup>288</sup> *Idem.*

<sup>289</sup> *Ivi*, §7, p. 14.

<sup>290</sup> *Ivi*, §7, p. 15.

giurisdizionali”»<sup>291</sup>. Si ritorna, in questo senso, alla concezione che a suo tempo aveva giustificato l’istituzione del *Conseil des parties* e che influenzò l’istituzione del *Tribunal de cassation*, ossia l’idea di un organo di controllo che vigilasse affinché i giudici, nell’esercizio della loro funzione, si mantenessero nei limiti che il Re prima, e la Legge poi, gli avevano posto. Sennonché, lo ricorda lo stesso CALAMANDREI, «oramai la vita dello Stato appare come una cooperazione di funzioni coordinate a uno stesso fine, non un conflitto tra poteri, ansiosi di soverchiarsi a vicenda»<sup>292</sup> ma di questo, si parlerà più avanti.

Tornando a quello che, negli intendimenti di CALAMANDREI, doveva essere lo scopo della Cassazione alla luce di una più profonda analisi letterale dell’art. 122, ord. giud. 1865, il giurista giunge così ad affermare un secondo assioma, ossia quello per cui «la Corte di cassazione serva ad un interesse pubblico, come a un interesse pubblico serve tutto il processo e quindi tutti gli altri organi giurisdizionali: quel che importa stabilire è, invece, che l’interesse pubblico al quale serve la Cassazione, *non è lo stesso interesse pubblico al quale servono gli altri tribunali*, poiché il bene che lo Stato si propone di raggiungere attraverso la Cassazione non è uguale al bene che lo Stato si propone di raggiungere attraverso gli altri tribunali»<sup>293</sup>.

Al fine d’intendere quale sia questo *particolare interesse pubblico* posto all’istituzione della Corte di Cassazione, CALAMANDREI analizza quelli che sono i due aspetti del controllo giuridico esercitato dalla Corte, ossia: a) la nomofilachia, che rappresenta l’*aspetto negativo* del controllo che la Corte attua in difesa del diritto obiettivo; b) l’unificazione della giurisprudenza, che rappresenta l’*aspetto positivo* del controllo che la Corte esercita in qualità di organo regolatore dell’interpretazione giudiziaria del diritto obiettivo.

Sotto il primo profilo – *sub a)* – la Corte «tende ad impedire che gli organi giurisdizionali si valgano del potere di comandare in concreto che ad essi lo Stato ha delegato, sottraendosi a quella norma fondamentale [ossia quella che impone al giudice di giudicare *secundum ius*], la cui osservanza costituisce la condizione *sine qua non* di quel potere: da questo punto di vista la Corte di cassazione riafferma l’autorità della legge di fronte al giudice, in modo esclusivamente negativo, poiché si limita a toglier vigore al

---

<sup>291</sup> *Ivi*, §8, p. 16.

<sup>292</sup> *Ivi*, §125, p. 390.

<sup>293</sup> *Ivi*, §9, p. 21.

singolo atto che il giudice abbia compiuto eccedendo i limiti del suo potere»<sup>294</sup>, è proprio da questo profilo che CALAMANDREI pone un primo rilievo programmatico al sindacato della Corte di Cassazione la quale dovrebbe censurare solo le violazioni a quelle norme alla cui trasgressione consegue la «non coincidenza della concreta volontà dichiarata dalla sentenza colla concreta volontà effettivamente nata dalla legge»<sup>295</sup>, e quindi su ogni errore di diritto *in iudicando*.

Per quanto concerne invece il secondo profilo – *sub b)* – la Corte tende «ad assicurare nello Stato la uniformità della giurisprudenza e quindi la unità e la uguaglianza del diritto obiettivo, attraverso la revisione e la cernita delle diverse interpretazioni di una stessa norma giuridica coesistenti nella giurisprudenza a causa della pluralità contemporanea degli organi giudiziari di uno stesso grado: da questo punti di vista, la Corte non si limita a distruggere, ma contribuisce potentemente a disciplinare e a fissare quella feconda opera di integrazione del diritto obiettivo che è compiuta ininterrottamente dalla giurisprudenza»<sup>296</sup>.

Ebbene, è proprio dall'unione di questi due aspetti che si evince il *particolare interesse pubblico* che differenzia l'istituzione della Corte di Cassazione da quella degli altri organi di giurisdizione, ossia *l'interesse pubblico all'esatta interpretazione della legge* che porta quindi CALAMANDREI ad una ulteriore ridefinizione dell'art. 122 ord. giud. 1865 nel rilievo che esso, quando «pone come scopo della Corte di cassazione il mantenimento della “esatta osservanza delle leggi” non intende riferirsi a quella osservanza concreta dei singoli precetti giuridici che può essere compiuta soltanto dai destinatari dei precetti stessi, ma intende piuttosto significare la esatta “interpretazione delle leggi” da parte del giudice, la esatta intelligenza del significato delle norme giuridiche da parte di coloro che sono ufficialmente incaricati di dichiarare nei casi controversi quali siano le concrete volontà delle norme stesse nascenti. Talché, mentre gli organi giurisdizionali funzionano per garantire che le specifiche volontà di legge nate all'indirizzo dei privati dal coincidere delle fattispecie reali colla fattispecie legale siano attuate in concreto anche quando manchi la spontanea osservanza da parte dei loro destinatari, l'organo di Cassazione funziona per garantire che gli organi giurisdizionali, quando deducono la esistenza di queste specifiche

---

<sup>294</sup> *Ivi*, §41, p. 86.

<sup>295</sup> *Ivi*, §12, p. 29-30.

<sup>296</sup> *Ivi*, §41, p. 87.

volontà dalle norme generali che costituiscono il diritto obiettivo, intendano queste norme nel loro esatto significato astratto.

All'interesse pubblico dell'attuazione concreta del diritto obiettivo nella sua volontà specializzata, si contrappone così l'interesse pubblico alla esatta (e quindi uniforme) interpretazione del diritto obiettivo nella sua volontà generale.

Il diritto obiettivo si considera così in due diversi momenti: gli organi giurisdizionali lo considerano *nel suo momento attuale*, come concreto comando diretto al singolo, e costituiscono un controllo giuridico sui privati, in quanto mirano ad ottenere che questo concreto comando sia ad ogni costo eseguito; l'organo di Cassazione lo considera *nel suo momento potenziale*, come comando astratto diretto a una pluralità eventuale di soggetti non ancora determinanti, e costituisce un controllo giuridico sugli organi giurisdizionali, in quanto mira ad ottenere che questo comando astratto sia esattamente inteso nel suo significato di massima, ogni qual volta gli organi giurisdizionali debbano dedurre da esso l'esistenza di quei comandi concreti che a loro volta sono chiamati a controllare»<sup>297</sup>.

Ecco quindi quello che secondo CALAMANDREI doveva essere il ruolo istituzionale attribuito alla Corte di Cassazione: il Supremo collegio, quale organo nomofilattico e regolatore della giurisprudenza, è istituito per dichiarare l'*esatta* interpretazione della legge. Del resto, rileva il Maestro, «le garanzie che mirano a far sì che il giudice, nella premessa maggiore del suo sillogismo, ponga una massima giuridica conforme alla legge, sono anche, per necessità, garanzie della uniformità giurisprudenziale; così come le cautele poste per raggiungere la uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale contribuiscono in pratica a mantenere inviolata la autorità della legge».

A ben vedere, però, le ragioni di tale attribuzione non sarebbero da ricercarsi, a nostro parere, nell'ambito del cd. "formalismo interpretativo"<sup>298</sup>; alla Cassazione non viene infatti assegnato lo scopo di individuare l'*unica* interpretazione *esatta* della legge sulla base del rilievo che ogni norma ha in sé un significato intrinseco, bensì su quello esattamente

---

<sup>297</sup> *Ivi*, § 49, p. 102.

<sup>298</sup> Le tesi del "formalismo interpretativo" vengono così riassunte dal TARUFFO: "1) ogni norma ha un significato intrinseco, implicito ma oggettivamente dato; 2) quindi l'attività dell'interprete consiste nell'individuare e rendere esplicito questo significato; 3) se vi è un problema interpretativo, ossia se vi sono più interpretazioni dello stesso enunciato normativo, esso si risolve individuando questo significato e scartando gli altri, che si conseguenza sono erronei; 4) il metodo interpretativo è logico-deduttivo ed esclude scelte discrezionali dell'interprete; 5) il giudice interpreta la norma secondo gli stessi criteri e quindi: esplicita significati impliciti oggettivamente esistenti; "dichiara" il diritto e non lo crea; procede logicamente senza compiere scelte di valore, applicando deduttivamente la norma al fatto" [cfr. TARUFFO M., *La corte di cassazione e la legge*, op. cit., in *Il vertice ambiguo*, p. 74].

opposto per cui *non esiste* un'interpretazione *vera* della norma: i concetti di *verità* o *falsità* sono, per CALAMANDREI, concetti *relativi*, desunti cioè «da un ragionamento che può essere più o meno persuasivo, ma che non può mai portare alla certezza assoluta ed inconfutabile (...), per poter stabilire in modo incontrovertibile che una qualsiasi interpretazione di legge è falsa, bisognerebbe [infatti] possedere come termine di paragone quella dell'interpretazione vera alla quale il concetto di falsità si riferisce; ma siccome quella interpretazione vera non si può ottenere se non con un procedimento logico analogo a quello col quale altri giunge alla interpretazione falsa, così la verità o la falsità della interpretazione non è mai un dato di fatto obiettivo, ma è sempre il risultato di un apprezzamento subiettivo eminentemente variabile ed incerto»<sup>299</sup>.

Non essendo quindi, *concretamente possibile*, accertare in modo assoluto quale sia la vera interpretazione della legge, occorre «considerare ufficialmente come interpretazione vera della legge quella che viene scelta dall'organo unificatore della giurisprudenza come interpretazione *unica*»<sup>300</sup> e tale “ufficialità” viene appunto attribuita alla Corte di Cassazione dall'ordinamento giuridico, tramite l'art. 122 ord. giud. 1865 il quale, dichiarando come la Corte sia “istituita per mantenere la *esatta* osservanza della legge”, «dimostra che la interpretazione data dalla Corte di cassazione alle leggi [sia] ritenuta, finché non sia varata da altra interpretazione data dalla stessa Corte e dal potere legislativo, come la unica interpretazione “esatta”»<sup>301</sup>.

#### 4.2. (segue) *La struttura e le funzioni: l'unificazione delle Corti di Cassazione e la limitazione al sindacato della Cassazione unica*

Si è cercato fin qui di rendere conto del modo in cui CALAMANDREI giunse ad affermare come l'art. 122 ord. giud. 1865, nell'istituire la Cassazione allo scopo di *mantenere l'esatta osservanza delle leggi*, gli attribuisca *in realtà*, il compito di «mantenere la esatta interpretazione del significato astratto delle leggi»<sup>302</sup>. Alla luce di tale rilievo s'intendono

---

<sup>299</sup> Cfr. CALAMANDREI P., *op. loc. ult. cit.*, §46, pp. 95-96.

<sup>300</sup> *Ivi*, §46, p. 97.

<sup>301</sup> *Ivi*, §47, p. 98, «La Corte di cassazione è, di volta in volta, la depositaria del vero significato che si deve dare alla legge nel singolo processo: la sua interpretazione non può, giuridicamente, non essere conforme alla legge, perché il nostro ordinamento pubblico vuole che la vera interpretazione della legge nel singolo processo sia quella, e soltanto quella, che è seguita dalla Corte di cassazione».

<sup>302</sup> Cfr. CALAMANDREI P., *Per il funzionamento della cassazione unica* (1924), in *Opere giuridiche* (a cura di CAPPELLETTI M.), vol. VIII, *op. cit.*, p. 372.



quindi quali debbono essere le modifiche alla struttura e al funzionamento della Corte per permetterle di raggiungere tale scopo: la Cassazione dovrebbe essere *unica* e sindacare solo gli errori di diritto *in iudicando*.

Per quanto concerne il primo profilo, la critica appare palese nella considerazione per cui la contemporanea esistenza di una pluralità di Corti, che lo stesso CALAMANDREI individua essere una «mostruosità giudiziaria paragonabile all'uomo con cinque teste dei baracconi da fiera»<sup>303</sup>, non può non produrre delle disformità nella giurisprudenza ledendo così l'unità e la certezza del diritto obiettivo. Inconvenienti, questi, che solo l'unificazione delle Corti può risolvere; «solo la Cassazione Unica, la quale supera la causa prima della disforme giurisprudenza cioè della contemporanea pluralità di Tribunali dello stesso grado nel territorio dello Stato, ponendosi come vertice dell'ordinamento giudiziario può (...) efficacemente risolvere colla sua giurisprudenza i dissidi della giurisprudenza inferiore, raggiungendo l'ambita unificazione (...). Nel sistema della Cassazione Unica la giurisprudenza trova in sé medesima il rimedio dei suoi mali, il limite alle sue deviazioni»<sup>304</sup>.

Allo stesso modo possono ricondursi le ragioni relative al secondo profilo, dal quale discende la consequenziale esclusione circa la censurabilità delle questioni di fatto; rileva infatti CALAMANDREI, «dato così il profilo di questo istituto, il quale, per raggiungere la uniformità della interpretazione giurisprudenziale, si propone di riesaminare la risoluzione di tutte quelle questioni che possono dar luogo a disformità nella giurisprudenza, si intende che deve essere innanzitutto escluso dall'attività della Corte di Cassazione il riesame di tutte le questioni di fatto, la cui risoluzione, derivante da circostanze tutte proprie del singolo rapporto controverso, non può mai, per sua natura, costituire un precedente capace di introdurre nella giurisprudenza pericolose tendenze alla analogia. (...) La risoluzione delle questioni di fatto, che, nella serie di sillogismi da cui risulta una sentenza, ha sempre sede in una delle premesse minori, è inevitabilmente costituita, dal punto di vista della sua struttura logica, da un giudizio su un evento singolo, che si limita a dichiarare la esistenza o il modo di essere di un rapporto concreto e specifico: la risoluzione delle questioni di fatto, dunque (a differenza della questione di diritto, la quale stabilisce qual è, secondo il giudice, il significato che ad una certa norma si dovrebbe dare non solo nel concreto

---

<sup>303</sup> *Ivi*, §1, p. 370.

<sup>304</sup> Così FINZI riassume il pensiero CALAMANDREI, cfr. FINZI E., *Recensione*, *op. cit.*, p. 118; la recensione in questo caso è *praticamente* letterale, v. CALAMANDREI P., *La Cassazione civile. vol. II*. §37, pp. 77-78.

rapporto controverso, ma anche in tutta la serie dei rapporti simili che si ripresentassero in avvenire), non contiene mai una affermazione generale, la cui efficacia sia idonea ad essere estesa ad altri rapporti che con quello deciso abbiano comune qualche carattere. La decisione di fatto non è mai una decisione *di massima*: poiché dal verificare, nella lite che oggi si dibatte, che veramente Tizio si è fatto dare 1000 lire da Caio colla promessa di restituirgliela, nessun giudice può trarre argomento per ritenere, nella lite che si discuterà domani, che nella stessa situazione di fatto di trovi Mevio di fronte a Sempronio»<sup>305</sup>.

#### 4.3. *Considerazioni conclusive*

Tornando alle ragioni che hanno spinto questo breve approfondimento sulle teorie di CALAMANDREI, non si può in conclusione asserire, con assoluta certezza, che le stesse abbiano effettivamente spinto all'istituzione della Cassazione unica, ma al contempo non è possibile comunque negare che esse non abbiano in qualche modo influenzato l'ambito scientifico sul tema, il cui apporto, data l'incompletezza che si è vista caratterizzare il R.D. 601/1923, fu da alcuni<sup>306</sup> ritenuto determinante nella consolidazione del nuovo assetto circa la Magistratura suprema. Così come non è possibile negare l'influenza che le teorie del Maestro fiorentino avrebbero potuto avere sulle normative successive in tema, quali la ridefinizione dell'art. 517 c.p.c. 1865 nell'art. 360 del nuovo codice di procedura civile del 1940<sup>307</sup> o la riformulazione dell'art. 122, ord. giud. 1865 nel disposto di cui all'art. 65 del nuovo ordinamento giudiziario del 1942.

Certo è che, a seguito della riforma del 1923, CALAMANDREI non può che dirsi entusiasta del nuovo assetto normativo il quale, ponendo al vertice della gerarchia giudiziaria la Cassazione unica, aveva fatto delle Cassazioni regionali un «ricordo storico»<sup>308</sup> e aveva segnato «dal punto di vista della tecnica processuale, la fine di un paradossale controsenso, consistente finora in un istituto disciplinato dalla legge in modo da impedire con matematica certezza il raggiungimento di quello scopo al quale la stessa legge lo proclamava destinato»<sup>309</sup>.

---

<sup>305</sup> Cfr. CALAMANDREI P., *La Cassazione civile. vol. II. Disegno generale dell'istituto*, §38, pp. 78-79.

<sup>306</sup> v. MECCARELLI M., *Le Corti di cassazione nell'Italia unita*, op. cit., p. 35.

<sup>307</sup> R.D. 28 ottobre 1940, n. 1443, *Approvazione del codice di procedura civile*, in supplemento ordinario alla G.U. n. 253 del 28 ottobre 1940.

<sup>308</sup> Cfr. CALAMANDREI P., *Per il funzionamento della Cassazione unica* (1924), in *Opere giuridiche* (a cura di CAPPELLETTI M.), vol. VIII, op. cit., p. 370.

<sup>309</sup> *Idem*.

La riforma, afferma CALAMANDREI, «sembra simboleggiare, almeno come augurio e come promessa, il conseguimento di quella unità spirituale del popolo italiano, della quale i figli delle più remote provincie, nel quadriennio di trincea che li ha stretti spalla a spalla contro il nemico comune, hanno avuto forse per la prima volta piena coscienza. L'unità del diritto, che costituisce uno degli aspetti della unità della nazione, non poteva dirsi raggiunta finché, pur essendo in vigore di nome le stesse leggi di tutto lo Stato, in realtà la unicità della norma veniva ad esser frantumata attraverso la pluralità degli organi regolatori della giurisprudenza»<sup>310</sup>.

Le medesime affermazioni e lo stesso entusiasmo saranno ripetute a dieci anni dalla riforma nella considerazione per cui, nonostante alcuni difetti, «il Supremo Collegio si [sia] ormai avviato (...) ad essere quell'organo moderatore ed equilibratore della giurisprudenza nazionale, senza il quale l'unità delle leggi non sarebbe che una vana parola»<sup>311</sup>.

Sennonché, un altro illustre giurista, inizialmente favorevole all'unificazione<sup>312</sup>, nel 1946, guardando al funzionamento che ebbe l'istituto nei suoi primi vent'anni, afferma: «l'ultima volta che scesi le scale del vecchio palazzo Madama (...) sentii dentro pesarmi la sensazione oscura che avessimo sacrificato ad un fantasma o ad uno schema retorico una nobile e salda tradizione. Presaga anima mia! Non sarebbe successo in quelle aule vecchiotte ma signorili, e non in quelle non meno insigni della corte napoletana, ciò che è successo di poi, in quella fastosa ma incongrua mole di pietra, vera e falsa, che abbiamo levata a palazzo di giustizia sulle rive del Tevere»<sup>313</sup>.

## 5. *Il dibattito in sede Costituente*

Gli stessi timori e le stesse preoccupazioni esternati dal REDENTI si riproposero, non poco tempo dopo, in occasione della più istituzionale tra le discussioni politico-giuridiche, quella cioè svoltesi in sede Costituente, dalla lettura della quale non possono che trarsi due importanti conclusioni: a) il dibattito relativo all'assetto della Magistratura suprema non

---

<sup>310</sup> *Idem.*

<sup>311</sup> Cfr. CALAMANDREI P., *La cassazione e i giuristi* (1933), in *Opere giuridiche* (a cura di CAPPELLETTI M.), *op. cit.*, p. 471.

<sup>312</sup> Il riferimento è al REDENTI, che aveva visto nella riforma del '23 «il coronamento logico del sistema, che soltanto considerazioni contingenti avevano fino ad allora ostacolato» cfr. v. *oltre*, nota 169.

<sup>313</sup> Cfr. CANDIAN A., REDENTI E., LOFFREDO A., *Per l'ordinamento giudiziario*, in collana *Quaderni di "Temi"*, Giuffrè, Milano, 1946, p. 43.

era destinato a tramontare con l’emanazione del R.D. 601/1923; b) il tenore di alcune norme costituzionali parrebbe istituzionalizzare principi idonei a rivedere gli scopi e l’assetto dell’attuale Magistratura suprema.

### 5.1. *Il dibattito sulla struttura: unicità o pluralità della Magistratura suprema*

Per quanto concerne il primo profilo – *sub a)* – non deve in alcun modo sorprendere la riproposizione in sede Costituente di un dibattito che, per la profondità e la diversità delle tesi in esso sostenute, si è precedentemente definito come “immortale”; del resto, anche le stesse *modalità* con cui fu “risolto” lasciavano ampio margine di discussione. Ad ogni modo, diversi furono i temi toccati in occasione dei lavori preparatori alla Costituzione della Repubblica Italiana e sostanzialmente<sup>314</sup> due furono le impostazioni tra loro contrapposte: la pluralità della Magistratura suprema da un lato, l’unicità della stessa dall’altro.

Senza riprendere le singole argomentazioni che furono poste a sostegno dell’una o dell’altra impostazione e senza curarsi di quegli interventi che, a dimesso parere di chi scrive, non possono che svilire quella che si costituirebbe altrimenti quale una delle più importanti questioni istituzionali<sup>315</sup>, si vuole ora semplicemente notare come, anche in sede

---

<sup>314</sup> Non mancarono infatti interventi tesi a ricordare impostazioni intermedie, come quello prospettato dall’On. TARGETTI nella seduta pomeridiana del 27 novembre 1947 [«Vi sono vari sistemi. Vi è il sistema delle Cassazioni regionali del tutto autonome; vi è il sistema delle Cassazioni regionali integrale, alcuni dicono corrette, da un altro istituto che starebbe sopra di loro e dovrebbe avere sede in Roma. Vi sono altri che sostengono che accanto alle Cassazioni regionali vi dovrebbero essere le sezioni unite composte di membri delle varie Corti regionali. Vi sono infine quelli che proporrebbero che la Cassazione avesse delle sezioni in quelle città che furono sedi delle antiche Cassazioni od in altre; sezioni della Corte di Roma, della Cassazione unica» cfr. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, sedute dal 6 novembre 1947 al 22 dicembre 1947, Camera dei deputati, Segretariato generale, 1976, p. 4170]. Non mancarono altresì interventi a favore di un decentramento solo in materia penale, lasciando alla materia civile la Cassazione unica, così come quello dell’On. MANCINI, nella seduta antimeridiana del 14 novembre 1947 [«È necessario il riesame del processo. Ed è per questo che noi siamo favorevoli alle Cassazioni penali regionali. Cassazione civile unica. Cassazioni penali multiple. Nella disputa antica fra i due sistemi ho trovato soltanto un argomento: che la Cassazione unica di Roma rappresentava l’uniformità interpretativa delle leggi. Purtroppo, la giurisprudenza penale colà muta col mutar di sezione, ed allora perché la Cassazione unica penale? La necessità della Cassazione regionale – ripeto – cui dobbiamo dare la potestà di rivedere anche nel merito i verdetti della giuria, si impone anche perché le dà la possibilità di giudizi adeguati alle caratteristiche del popolo. Il diritto, signori, non è qualche cosa di immutabile, di astratto. Il diritto e le leggi che si interpretano e si applicano devono tener presenti la costumanza, l’ambiente, i sentimenti, i coefficienti etnici di un popolo, se si vuole davvero adeguare il castigo al delitto e la rivalsa al danno» *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 3871].

<sup>315</sup> Il riferimento è ovviamente relativo alla questione della “Cassazione a domicilio” con cui, dall’una e dall’altra parte, si riducevano le motivazioni addotte alle rispettive posizioni. v., in particolare, la discussione

Costituente, non si giunse ad una netta presa di posizione sull'assetto della Magistratura di Cassazione: l'Assemblea finì infatti per votare<sup>316</sup>, nella seduta pomeridiana del 27 novembre 1947, l'emendamento dell'On. TARGETTI di «rimandare il regolamento dell'istituto della Cassazione alla legge sull'ordinamento giudiziario»<sup>317</sup> e ciò, al fine «di lasciare impregiudicata una questione che se può avere un lato politico, ha un carattere prevalentemente tecnico-giuridico»<sup>318</sup>; «è per questo», rileva l'on. TARGETTI, «che io mi rivolgo ai colleghi difensori strenui dell'unicità della Cassazione come ai fautori della pluralità, invitandoli a convenire che la risoluzione della questione non va[da] presa oggi, dopo una discussione affrettata, con una votazione nella quale può prevalere una tesi sull'altra per una differenza di quattro o cinque voti, come altre volte è già accaduto. È opportuno che venga presa dopo un esame approfondito di tutti i suoi lati tecnico-giuridici in altra sede, da altre Assemblee. Dal Parlamento, in sede di approvazione della legge sull'ordinamento giudiziario. Così non si pone alcun limite alla volontà del legislatore di domani. Nulla si pregiudica, nulla si compromette, né in un senso né in un altro»<sup>319</sup>.

Nonostante l'esito – oramai familiare – del dibattito, occorre soffermarsi sul tema centrale e maggiormente discusso in Assemblea che si vide quasi esclusivamente focalizzato sull'idoneità o meno della Cassazione unica a garantire l'uniformità della giurisprudenza. Non si riscontrano infatti, a parte alcuni accenni fuori contesto<sup>320</sup>, le

---

tra l'On. BELLAVISTA e l'On. PERSICO, nella seduta dell'8 novembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, pp. 3729 ss.

<sup>316</sup> L'emendamento proposto dall'On. TARGETTI – “La legge sull'ordinamento giudiziario regolerà l'istituto della Corte di Cassazione” – fu approvato con una maggioranza di 211 voti favorevoli contro 96 voti contrari su un totale di 307 membri presenti e votanti, v. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 4188.

<sup>317</sup> v. seduta del 27 novembre 1947, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 4169.

<sup>318</sup> *Ivi*, p. 4170.

<sup>319</sup> *Ivi*, pp. 4170-4171.

<sup>320</sup> Il riferimento è all'intervento dell'On. CACCURI alla seduta pomeridiana del 12 novembre 1947, il quale riprende il concetto dell'inscindibilità del “fatto” dal “diritto” nel giudizio con riguardo però ad una discussione altra rispetto a quella della Cassazione, ossia nella questione relativa alla necessità o meno della giuria [«Che non sia possibile separare il fatto dal diritto è ormai quasi concordemente affermato dalla migliore dottrina, poiché in effetti una cognizione del fatto, separata dalla statuizione del diritto, disconosce quella intima connessione tra il giudizio storico ed il giudizio critico che è propria di ogni giudizio giuridico», cfr. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 3807]. In verità il tema venne ripreso anche nel corso del dibattito sulla Cassazione, ma in termini assolutamente marginali dall'On. ORLANDO VITTORIO EMANUELE [«Ora io, nella realtà concreta, non so separare il diritto dal fatto in maniera così assoluta. Quindi, questa formulazione della Cassazione come una specie di isolamento superbo (...) del diritto, non è nel mio temperamento, né risponde al mio pensiero. Ad ogni modo, prescindiamone. Questo, però, dimostra soltanto come l'argomento si espanda, si irradii, si innalzi o si approfondisca, e tutto questo noi dovremmo considerare e fissare ora con un piccolo

diverse argomentazioni sostenute in precedenza dai fautori della Terza istanza e ciò a probabile ragione che non si stava, in quella particolare sede che era la Costituente, discutendo della *natura* dell'organo di Cassazione quanto della sua *struttura*.

L'uniformità della giurisprudenza, quindi, come epicentro del dibattito costituzionale sul tema e ciò non per un caso: l'uniformità, chiamata in causa come *conditio sine qua non* per il mantenimento dell'unità del diritto oggettivo a garanzia della certezza dello stesso e dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, rappresentava infatti l'argomento

---

emendamento!» cfr. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 4180].

principio sostenuto, tra gli altri, dagli Onorevoli CALAMANDREI<sup>321</sup>, BOZZI<sup>322</sup>, CARBONI<sup>323</sup> e CORTESE<sup>324</sup>, in favore dell'unicità della Cassazione.

---

<sup>321</sup> «La Cassazione è un istituto, è un meccanismo, la cui struttura è tale che o la Cassazione è unica, ed allora serve a qualche cosa, o non lo è, ed allora non serve più a nulla (...). La Cassazione è stata inventata in Francia (...) dalla rivoluzione francese proprio allo scopo di unificare il diritto, di difendere lo Stato nella sua unità, in quanto ordinamento giuridico unitario, scegliendo tra le interpretazioni difformi della stessa legge date da diversi magistrati quella più esatta e annullando tutte le altre. A questo serve la Cassazione; e per servire a questo scopo unificatore bisogna, naturalmente, che sia unica. Se non serve a questo, non serve a nulla. Non so (...) se avete riflettuto alla singolarità di questo istituto, il quale fa una distinzione (che sotto l'aspetto dell'interesse del litigante non avrebbe senso) tra la questione di diritto e la questione di fatto. (...) Ma la ragione per la quale il ricorso si dà soltanto quando l'ingiustizia, di cui il litigante è stato vittima, derivi da errore di diritto, è che in Cassazione non si va per difendere soltanto (...) lo *jus litigatoris*, ma altresì per difendere lo *jus constitutionis*, che è appunto l'interesse pubblico della difesa del diritto e della sua unità, messa in pericolo dalla pluralità delle interpretazioni disformi e aberranti, le quali sono contagiose anche per l'avvenire. Appunto per evitare questo contagio, è bene che tutte le interpretazioni della norma giuridica, date dai giudici distribuiti sul territorio dello Stato, abbiano un apice, un vertice comune, e ad esso affluiscano per poter essere sottoposte a un controllo, attraverso il quale si possa stabilire quale è la interpretazione più plausibile, destinata a rimanere e a prevalere. In altre parole la Cassazione è un organo istituzionalmente unico» così l'On. CALAMANDREI, nella seduta pomeridiana del 27 novembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, pp. 4171-4172.

<sup>322</sup> «Onorevoli amici, c'è la necessità dell'unità della giurisdizione. Non mi fermo su questo punto. Ma se dovessero essere approvati i concetti inseriti in quell'ordine del giorno romperemmo l'unità della giurisdizione, perché questa si realizza soprattutto attraverso l'organo supremo di interpretazione e di attuazione della legge. (...) Vogliamo rompere l'unità dell'ordinamento giuridico, ripristinando le vecchie Cassazioni? No, signori! (...) Si dice: "Vi è pericolo della immobilizzazione della giurisprudenza". No! Noi vogliamo l'uniformità della giurisprudenza; vogliamo che a Torino non si dica cosa contraria di quella che si dice a Palermo; non vogliamo vulnerare il principio che tutti i cittadini sono uguali alla legge. Ma volere l'uniformità della giurisprudenza, non significa cristallizzare il giusto moto progressivo di essa (...). Vi dico che se questa questione dell'unità della Cassazione è suffragata da ragioni tecniche validissime, oggi se ne aggiunge una, decisiva di per sé sola. Oggi abbiamo creato le Regioni (...) non voglio ancora una volta parlarne male; ma abbiamo anche detto che la Repubblica deve essere una e inscindibile. Come vogliamo tradurre in atto questa unità e inscindibilità, se non attraverso questi due principi: che la legge del Parlamento è superiore alla legge della Regione; che la funzione suprema d'interpretare il diritto deve essere uguale per tutto il territorio? Questo è il tessuto connettivo costituzionalmente più importante per mantenere l'unità dello Stato» così l'On. BOZZI, nel suo intervento alla seduta pomeridiana del 6 novembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 3671.

<sup>323</sup> «La funzione della Corte di cassazione, suprema regolatrice del diritto, è essenzialmente unitaria. (...) Le Cassazioni regionali, retaggio degli antichi staterelli, portavano al frazionamento ed alla contraddittorietà della giurisprudenza, con grave pregiudizio per la certezza del diritto. La Cassazione unica, in conformità di quanto praticato negli altri maggiori paesi d'Europa, ha realizzato indubbiamente un progresso, pervenendo alla unificazione della giurisprudenza, ma evitando il pericolo della cristallizzazione o della immobilizzazione di essa» così, l'On. CARBONI, nel suo intervento alla seduta pomeridiana del 7 novembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 3716.

<sup>324</sup> «L'unità dell'interpretazione è garanzia di "giustizia eguale per tutti". Il problema della Cassazione unica o multipla non può essere influenzato dal gioco di interessi particolaristici. (...) la Cassazione, già all'orecchio suona singolare. È difficile dire: le Cassazioni. La logica stessa della funzione indica l'unicità dell'organo. La Cassazione garantisce l'unità dell'interpretazione delle varie leggi e riunisce al vertice i vari organi giurisdizionali sparsi sul territorio dello Stato. La funzione, ripeto, postula unica. (...) Ebbene, il Codice, la legge dello Stato, devono essere interpretate da un organo supremo che riaffermi l'unità nel diritto: affermazione tanto più necessaria, in quanto appunto vi sono le regioni. (...) Ora, la interpretazione della legge trascende il caso concreto; la interpretazione difforme determina l'incertezza della legge stessa. L'errore di diritto è un errore che può rimbalzare dalla controversia, può influire sulla condotta dei cittadini, in quanto può far ritenere che una determinata legge abbia una determinata portata e un determinato significato. Se è necessario dare una legge sempre più certa al cittadino, è necessario che l'organo supremo

L'interesse alla critica dello stesso da parte dei sostenitori della pluralità della Cassazione è, a questo punto, evidente: l'esaltazione circa i pregi e le ragioni giustificanti il ripristino delle Cassazioni regionali non sarebbe bastato di per sé solo, senza un'appropriata critica a quello che rappresentava il "punto forte", il "cavallo di battaglia" degli avversari. A sostegno delle loro impostazioni gli Onorevoli VILLABRUNA, BELLAVISTA, FAUSTO GULLO, AVANZINI, CASTIGLIA, DELLA SETA, TOGLIATTI ed altri, oltre ad esaltare quella che era stata la sapiente giurisprudenza delle Corti regionali<sup>325</sup> e ad indicare tra le ragioni a sostegno del loro ripristino una maggiore vicinanza ed accessibilità della giustizia da parte dei cittadini<sup>326</sup> nonché una più proficua elaborazione del diritto<sup>327</sup>, adducevano, da un lato, l'incapacità della Cassazione unica al conseguimento della tanto paventata uniformità e, dall'altro, la non auspicabilità della stessa<sup>328</sup>.

---

che interpreta la legge sia un organo unico» così l'On. CORTESE nel suo intervento alla seduta antimeridiana del 12 novembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 3797.

<sup>325</sup> v., tra gli altri, intervento dell'On. BELLAVISTA alla seduta dell'8 novembre 1947 [cfr. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 3729]; dell'On. Gullo Fausto nella seduta pomeridiana del 12 novembre 1947 [cfr. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 3831]; dell'On. Avanzini [cfr. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 3843].

<sup>326</sup> v. intervento dell'On. VILLABRUNA [«è inutile proclamare democrazia!, democrazia!, democrazia» quando all'atto pratico si tenta poi di ostacolare qualsiasi iniziativa che sia diretta a dare una fisionomia democratica alla giustizia, che tenda a spianare la via per portare la giustizia al livello del popolo, per renderla ad esso accessibile» cfr. seduta pomeridiana del 7 novembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 3700] etc.

<sup>327</sup> v. intervento dell'On. VILLABRUNA [«Ora, onorevoli colleghi, uno dei pregi delle Cassazioni regionali sarà precisamente quello di destare lo spirito di emulazione fra Cassazione e Cassazione, e di dare così impulso alla giurisprudenza e all'elaborazione del diritto» cfr. seduta pomeridiana del 7 novembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 3701]; v. intervento dell'On. FAUSTO GULLO [«E ricordo a me stesso che l'Italia, per la sua storia, per la sua tradizione, per la sua varia composizione speciale, è forse la Nazione che più d'ogni altra presenta aspetti diversi. Ora, il diritto non è un'astrazione. Il diritto è veramente tale, quando sorge spontaneo dai bisogni e dalle necessità del popolo: allora soltanto è veramente inteso dalla universalità dei cittadini. (...) Ebbene, cerchiamo almeno di decentrare, ridando alle Regioni le proprie Corti. Si stabilirà in tal modo un'emulazione tra l'una e l'altra Corte, e c'è la certezza che da questo contemporaneo esercizio di attività, che si svolgerà nei centri più importanti, attraverso tutto il territorio dello Stato, verrà fuori davvero un diritto e una giurisprudenza più aderenti alla varia vita del nostro popolo» cfr. seduta pomeridiana del 12 novembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 3831]; v. intervento dell'On. AVANZINI [«Le diverse Corti di cassazione, (...) ricostituite, emule dovranno essere in un grande compito di vita del diritto» cfr. seduta antimeridiana del 13 novembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 3843] etc.

<sup>328</sup> v. intervento dell'On. VILLABRUNA [«Orbene, la difformità della giurisprudenza esiste anche con la Cassazione unica e, infondo non è un gran male, perché l'urto delle idee giova nelle questioni giuridiche» cfr. seduta pomeridiana del 7 novembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 3700]; v., intervento dell'On. BELLAVISTA [«Vorrei citare gli strani contrasti fra la giurisprudenza del giorno 15 e la giurisprudenza del giorno 16. Solo che a volte cambi un consigliere, cambia la giurisprudenza. Del resto, giustamente, gli onorevoli CRISPO e VILLABRUNA hanno detto: "AmMESSO e concesso che esista questa unicità della giurisprudenza, è poi cosa veramente utile,



Per quanto concerne l'inidoneità della Cassazione unica all'unificazione della giurisprudenza la critica era ovviamente rivolta alla pluralità di sezioni – all'epoca tre in materia civile – le quali, sia nello spazio che nel tempo, avrebbero potuto pronunciarsi contraddittoriamente; per quanto invece concerne i difetti intrinseci allo stesso concetto di "uniformità", la critica sedeva soprattutto sul rilievo che se anche tale uniformità fosse conseguibile, essa avrebbe cristallizzato il diritto impoverendo e annichilendo quella giurisprudenza che trovando occasione nel precedente si sarebbe a questo adeguato per pigrizia<sup>329</sup>. Rileva in questo senso l'On. BELLAVISTA: «purtroppo, e forse senza purtroppo, non c'è stata questa unità giurisprudenziale o, quando c'è stata una unicità giurisprudenziale, c'è stata quella che i romani chiamavano l'*ignava ratio*, una pigrizia di adeguamento al precedente ed il precedente ha avuto forza di legge per il susseguente. E se così non deve essere, perché il principio basilare è che valga l'autorità della ragione e

---

è veramente utile, per cui si debba ad essa affidare il progresso del diritto?». Non lo credo affatto.» cfr. seduta dell'8 novembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 3730]; v., altresì, l'intervento dell'On. FAUSTO GULLO [«In realtà, l'argomento centrale a favore della Cassazione unica è quello dell'unicità della giurisprudenza. Il diritto deve avere una sola interpretazione e questa non si può avere se non attraverso l'unica Corte di cassazione. I fatti ci dicono che le cose vanno in maniera leggermente diversa, cioè che l'unicità di giurisprudenza non è assicurata nemmeno dalla Cassazione unica. (...) Ma anche ad ammettere che con la Cassazione unica si riesca ad avere l'unicità di giurisprudenza, è un bene che essa si abbia? Non pensate che ci possano essere delle questioni, identiche apparentemente, le quali è ingiusto che trovino soluzioni identiche così a Torino come a Caltanissetta? Non c'è per caso che si giunga allo strano risultato di non aver fatto giustizia né in un luogo, né in un altro?» cfr. seduta pomeridiana del 12 novembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 3831]; v. intervento dell'On. AVANZINI [«Vediamo, su questo argomento, di non essere incantati più dalla suggestione che dalla sostanza di una formula. Cassazione unica, si dice, perché sia mantenuta l'uniformità della giurisprudenza e la sua costanza. Innanzi tutto è possibile una uniformità di giurisprudenza? E poi, la costanza della giurisprudenza, contraddicendo al principio del continuo divenire, gioverà al progredire del diritto? Uniformità della giurisprudenza! Essa esige l'unicità del giudice. Ora la Cassazione è unica, ma distinta in Sezioni. Tale distinzione in Sezioni compromette proprio quella uniformità» cfr. seduta antimeridiana del 13 novembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 3843]; v., altresì l'intervento dell'On. DELLA SETA [«La Cassazione unica, si dice, è unità di giurisprudenza. Contesto il fatto, sia nello spazio come nel tempo. Non nello spazio perché, nella medesima sede, sezioni diverse possono dare, e hanno dato, giudicati diversi. Non nel tempo, perché nella medesima sede la stessa sezione può, successivamente, con magistrati diversi, dare diversi giudicati. (...) D'altra parte la unità della giurisprudenza sol si potrebbe conseguire quando fosse raggiunta la unità della scienza. Diverse essendo le dottrine giuridiche non può alla diversità delle scuole corrispondere la uniformità delle interpretazioni. E sarebbe forse una tale uniformità auspicabile? Lo neghiamo recisamente.» cfr. seduta pomeridiana del 27 novembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 4176] etc.

<sup>329</sup> v. intervento dell'On. VILLABRUNA [«la Cassazione unica ha un grande inconveniente: quello di favore uno stato di inerzia, perché una volta trovata la massima della Cassazione unica, a chi vien dopo di essa non par vero di sedersi su quella massima come sopra una soffice poltrona, dalla quale non è facile e non è gradito sollevarsi. E infatti, senza far torto al Supremo Collegio, non c'è che da esaminare la giurisprudenza d'oggi per dover lealmente riconoscere che, con la Cassazione unica, la giurisprudenza si è anchilosata, si è impoverita» cfr. seduta pomeridiana del 7 novembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 3700] etc.

non la ragione dell'autorità, il caso va esaminato con confronto dei precedenti, al lume dei precedenti, ma esaminato ogni volta *funditus*, come se fosse un caso nuovo»<sup>330</sup>.

Queste ovviamente non furono le sole critiche poste dai sostenitori delle Cassazioni regionali alla Cassazione unica: si sindacava altresì la lentezza dei procedimenti<sup>331</sup>, le possibili influenze che la vicinanza alla sede di Governo avrebbe potuto determinare alla Cassazione unica in Roma<sup>332</sup> e le modalità “fasciste” con cui si pervenne nel '23 all'unificazione delle Corti<sup>333</sup>. Ma queste, pur costituendosi come oggetti di dibattito, non assunsero il rilievo che invece ebbe, da una parte e dall'altra, il tema dell'uniformità. Ma ciò non deve stupire, almeno nella considerazione per cui erano gli stessi sostenitori della Cassazione unica, primo tra tutti CALAMANDREI, ad individuare lo *scopo* della stessa appunto nell'unificazione del diritto per mezzo dell'uniforme interpretazione della legge; «la Cassazione fu inventata in Francia», fu detto, «allo scopo di unificare il diritto, di difendere lo Stato nella sua unità, in quanto ordinamento giuridico unitario, scegliendo tra le interpretazioni difformi della stessa legge date da diversi magistrati quella più esatta e annullando tutte le altre»<sup>334</sup>. Dall'indagine fin qui condotta si è però visto come la Cassazione nacque in Francia per ben altri motivi; al *Tribunal de cassation* non era conferito alcun ufficio positivo, all'organo era dato solo di annullare le sentenze rese in contravvenzione espressa *au texte de la loi* e ciò al fine di mantenere la supremazia delle Legge, che si ricorda, non era interpretabile, sull'azione meramente meccanica di

---

<sup>330</sup> Cfr. seduta del 8 novembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, pp. 3729-3730.

<sup>331</sup> v. intervento dell'On. BELLAVISTA [«Disse Jhering che “non c'è peggiore ingiustizia della tardiva giustizia”; non fosse altro che per questo, quando si attende lungamente per avere resa giustizia, qui a Roma, che accentra tutto, dovrebbero ripristinarsi le Cassazioni regionali» cfr. seduta dell'8 novembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 3729]; v. intervento dell'On. AVANZINI [«I ricorsi sono tanti, affluiscono da tutta Italia: la decisione è lenta: impiega anni» cfr. seduta antimeridiana del 13 novembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 3843] etc.

<sup>332</sup> v. intervento dell'On. GULLO FAUSTO [«Lasciate che io dica d'esser sorpreso dal fatto che i magistrati, nel momento in cui affermano con tanta energia l'esigenza di una piena indipendenza dal potere esecutivo e dal potere legislativo, non avvertano conseguentemente una necessità tanto più evidente, e cioè che l'organo supremo di giustizia non stia a contatto con tutto ciò che è il movimento dei Ministeri e degli uffici centrali, si sottragga alle influenze e alle suggestioni di un ambiente politicamente così arroventato com'è sempre quello della capitale. È per questo che in varie nazioni, anche grandi, la Cassazione è tenuta lontana dalla capitale. Ebbene, cerchiamo almeno di decentrare, ridando alle Regioni le proprie Corti di cassazione.» cfr. seduta pomeridiana del 12 novembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 3831] etc.

<sup>333</sup> Così gli interventi degli Onorevoli DELLA SETA [cfr. seduta pomeridiana del 27 novembre 1947, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 4175]; ORLANDO [cfr. seduta pomeridiana del 27 novembre 1947, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 4182] etc.

<sup>334</sup> v. *retro*, nota 321.

applicazione propria dei giudici evitando in tal modo qualsivoglia attività nomopoietica da parte di questi. In seguito, così in Francia come in Italia, divenne strumento atto a sindacare la legalità della sentenza, a vigilare che il giudice, nel compimento del suo ufficio, avesse giudicato osservando esattamente le norme di legge.

Di ciò però, solo l'On. PORZIO tenne conto nell'esposizione del suo intervento all'Assemblea: «Sento dire che non bisogna toccare la Cassazione in nome della uniformità della giurisprudenza. (...) Il fondamento logico e giuridico della Cassazione è ben altro, è nel diritto della società di conoscere se il giudice ha applicato o no la legge, se l'ha violata, se ha redatto una sentenza che possa chiamarsi tale, che cioè abbia fatto buon governo vero e proprio, non si sia riparato dietro affermazioni dogmatiche, se infine non abbia commesso errori e la logica non sia stata infranta da insufficienze e contraddizioni. Tale è il fondamento della Corte di cassazione, non l'uniformità, altrimenti, o signori, i cassazionisti non sarebbero più degli uomini pensanti, ma dei repertori ambulanti»<sup>335</sup>.

Il dato non è da sottovalutare: già nel 1947 si guardava quindi alla funzione nomofilattica come la principale funzione della Corte di Cassazione ma non già nel suo senso *originale*, ossia di “custodia della legge”, quanto in quello di “uniformità della giurisprudenza”. Per il resto, dai lavori della Costituente non si evince, come si è precedentemente asserito, una netta presa di posizione: la questione sarebbe stata decisa da quella che, nelle menti dei Costituenti, doveva essere la nuova legge sull'ordinamento giudiziario la quale però, è noto, non venne mai emanata<sup>336</sup>.

## 5.2. *Il dibattito sulla natura: la Corte in difesa dello jus litigatoris*

Giunti quindi alle note finali di quest'analisi, non rimane che soffermarsi su di un'ultima considerazione – *sub b)* – che si è detto potersi trarre dai lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, ossia quella relativa alla possibilità che in Costituzione sia stata inserita una norma la cui interpretazione potrebbe portare a rivedere sia lo scopo sia l'assetto della

---

<sup>335</sup> Così l'On. PORZIO nel suo intervento alla seduta antimeridiana del 14 novembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 3863.

<sup>336</sup> La previsione circa l'emanazione di una nuova legge sull'ordinamento giudiziario, che riformasse quella emanata nel 1941, è provata anche dal disposto della VII disposizione transitoria e finale della Costituzione, la quale, al primo comma, prevedeva – e prevede tutt'ora – che: “Fino a quando non sia emanata la nuova legge sull'ordinamento giudiziario in conformità con la Costituzione, continuano ad osservarsi le norme dell'ordinamento vigente”. Come noto, la VII disposizione transitoria e finale rimase inattuata essendo, il nostro attuale ordinamento giuridico, disciplinato dal R.D. 30 gennaio 1941, n. 12.

Magistratura suprema. Il riferimento è ovviamente al comma settimo – precedentemente, il secondo – dell’art. 111 cost. il quale prevede che «Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra».

La portata che, nell’ordinamento giuridico e più in particolare nell’assetto della Magistratura suprema, riveste la formulazione dell’art. 111, co. 7 cost. discende esclusivamente dal significato che ad essa si voglia attribuire, un significato, occorre precisarlo, sul quale però la dottrina non è assolutamente concorde. Della norma si sono infatti proposte due diverse interpretazioni, tra loro antitetiche, che mirano rispettivamente ad individuare nel dettato costituzionale due differenti concezioni circa la funzione di garanzia esercitata dalla Cassazione: l’una, configura la garanzia di legalità in termini *oggettivi*; l’altra, in termini *soggettivi*. A fini di chiarezza espositiva ci si riferirà a queste due diverse concezioni nei rispettivi termini di: “interpretazione oggettiva” ed “interpretazione soggettiva” dell’art. 111, co. 7 cost.

Nell’ottica di quella che è l’interpretazione oggettiva dell’art. 111, co. 7 cost., l’oggetto della garanzia data dal controllo in Cassazione sarebbe il “sistema delle norme”, la legalità dell’ordinamento stesso. La Corte tutelerebbe quindi il cd. *jus constitutionis* provvedendo affinché sia repressa la violazione delle norme, la quale metterebbe in crisi la legalità del sistema, tenendo come “punti di riferimento” i valori dell’ordinamento medesimo e quindi, secondo TARUFFO <sup>337</sup>, valori quali l’uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, la certezza dell’interpretazione e la coerenza delle soluzioni interpretative. In questo senso, rileva sempre l’a., «il controllo di legalità sul singolo caso rappresenta (...) un aspetto specifico di una funzione di ordine più generale: è l’occasione che viene sfruttata per attuare la garanzia di legalità dell’ordinamento, ma non è più che questo. Il sistema si serve dell’iniziativa dei privati nel singolo caso, per fare emergere i problemi di legittimità secondo un criterio di selezione che è appunto l’interesse delle parti nella singola controversia: ma l’obiettivo istituzionale che viene perseguito è di dimensione diversa e si svincola dall’interesse specifico del ricorrente, poiché attiene all’attuazione della legge in quanto tale»<sup>338</sup>. Da tale impostazione discendono ovviamente una serie di conseguenze di

---

<sup>337</sup> Cfr. TARUFFO M., *Il veritce ambiguo*, op. cit., p. 18.

<sup>338</sup> *Ivi*, p. 18-19.

sistema: *in primis*, una diversa concezione del ruolo che l'interpretazione della legge rivestirebbe nell'attività della Suprema corte e, in secondo luogo, una concezione solo parziale di quello che sarebbe il fine della stessa funzione giurisdizionale. Individuare nell'ufficio della Corte di cassazione la tutela dello *jus constitutionis* porterebbe infatti, da un lato, a guardare all'interpretazione della legge non solo come ad un'attività rivolta *al futuro*, nella quale il caso concreto fungerebbe solo da caso paradigmatico per l'estrapolazione di una massima in diritto, ma anche come la *principale attività della Corte*, individuando nell'interpretazione della legge il *fine* dell'ufficio di Cassazione: la Corte, in altre parole, avrebbe il precipuo scopo di tutelare il significato astratto della norma, scegliendone uno tra i possibili ed elevandolo a regola generale di riferimento per la risoluzione *pro futuro* di casi analoghi. Dall'altro lato, l'interpretazione oggettiva dell'art. 111, co. 7 cost. verrebbe, a nostro avviso, a tenere conto solo di uno dei fini cui si ispira la funzione giurisdizionale, ossia «lo scopo oggettivo di attuare i precetti dell'ordinamento»<sup>339</sup> nel cui contesto, «il potere giudiziario», afferma il BIAVATI, «è visto (...) come la cinghia di trasmissione dell'ordinamento, che ha uno specifico interesse a vedere regolate dalle sue norme (e quindi dai suoi valori, civili e politici) le controversie fra i propri cittadini»<sup>340</sup>.

Nell'ottica invece di quella che è l'interpretazione soggettiva dell'art. 111, co. 7 cost., oggetto della garanzia data dal controllo in Cassazione sarebbero le situazioni giuridiche individuali: secondo tale interpretazione, rileva TARUFFO, «ogni soggetto coinvolto in una controversia avrebbe per ciò stesso un diritto individuale al controllo di legalità sul caso che lo riguarda, ossia – in sostanza – un diritto soggettivo individuale al giudizio della Cassazione. Si tratta cioè di garantire il singolo cittadino contro le violazioni di legge (...): ciò che va garantito sono i diritti soggettivi, mentre la legalità dell'ordinamento rimane sullo sfondo o non viene presa in considerazione»<sup>341</sup>.

Anche, e soprattutto, da tale impostazione, che individua l'ufficio della Corte a difesa dello *jus litigatoris*, discendono notevoli conseguenze di sistema: l'interpretazione della legge sarebbe infatti in questo senso rivolta al *passato*, nel senso che il controllo operato dalla Corte avrebbe esclusivo interesse a valutare la legittimità della pronuncia di merito sulla sola fattispecie già verificata, e sarebbe poi intesa solo come *mezzo* per verificare che,

---

<sup>339</sup> Cfr. BIAVATI P., *Argomenti di diritto processuale civile*, op.cit., p. 32.

<sup>340</sup> *Idem*.

<sup>341</sup> Cfr. TARUFFO M., *Il veritce ambiguo*, op. cit., p. 19.

nella decisione impugnata, tra le varie interpretazioni lecite sulla questione, il giudice di merito abbia applicato una di queste, non necessariamente quella idonea ad assurgere il carattere di regola generale ma quella che rispetti criteri di minima compatibilità con il sistema e con i canoni generali dell'interpretazione della legge<sup>342</sup>.

In tal senso, il fine della giurisdizione di Cassazione non sarebbe solo quello oggettivo di attuazione della legge, ma anche quello di garantire un diverso e nuovo significato che potrebbe essere attribuito alla giurisdizione civile ossia quello che individua, nella funzione giurisdizionale, un *servizio pubblico* dello Stato<sup>343</sup>. Sotto questa prospettiva potrebbe essere letto anche lo stesso art. 24, co. 1 cost. che, col garantire a tutti la possibilità di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, offrirebbe libero accesso al servizio pubblico della giustizia.

Alla luce di tali considerazioni è possibile ora affrontare con occhio critico le due diverse impostazioni che, premettendo entrambe l'iter legislativo che ha portato all'attuale formulazione dell'art. 111, co. 7 cost., sono state prospettate in dottrina.

Innanzitutto occorre precisare che entrambe le impostazioni concordano sul fatto che, alla II sottocommissione per la Costituzione, furono presentati due progetti i quali contemplavano due diverse concezioni della Corte e del ricorso presso di essa: l'uno, presentato dall'On. LEONE, individuava nel ricorso per cassazione un'impugnazione a garanzia individuale, e quindi in tutela dello *jus litigatoris*; l'altro, presentato dall'On. CALAMANDREI, era invece incentrato, rileva AMOROSO, «sulla funzione della Corte di cassazione quale garanzia istituzionale (a tutela dello *jus constitutionis*)»<sup>344</sup>.

Se infatti l'art. 17 del progetto LEONE disponeva che «**1. In ogni causa devono essere osservati tre gradi di giurisdizione. La legge, tuttavia, può stabilire il divieto del solo grado di appello in alcune cause civili di competenza del conciliatore, ed in alcune cause penali per reati contravvenzionali punibili con la sola pena pecuniaria** **2. Nessuna sentenza può essere sottratta al controllo della Corte Suprema di cassazione.** **3. Per le sentenze emanate da qualsiasi autorità giudiziaria precedentemente alla presente Costituzione non soggette ad impugnazione sarà consentito, con le forme e nei termini**

---

<sup>342</sup> Ivi, p. 13.

<sup>343</sup> Su tale concezione circa i fini della giurisdizione v. BIAVATI P., *Argomenti di diritto processuale civile*, op. cit., p. 33.

<sup>344</sup> Cfr. AMOROSO G., *Il giudizio civile di Cassazione*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 7.

*stabili con legge speciale, il ricorso per cassazione»<sup>345</sup>; l'art. 12 del progetto CALAMANDREI prevedeva: «1. L'esercizio del potere giudiziario in materia civile, penale e amministrativa appartiene esclusivamente ai giudici ordinari, cioè ai giudici singoli (conciliatori e pretori), ai tribunali ed alle corti istituiti e regolati dalla legge sull'ordinamento giudiziario. 2. Al vertice dell'ordinamento giudiziario, unica per tutto lo Stato, siede in...la Corte di cassazione istituita per mantenere l'unità del diritto nazionale attraverso la uniformità della interpretazione giurisprudenziale e per regolare le competenze fra i giudici»<sup>346</sup>.*

Ora, nessuna delle due formulazioni fu testualmente approvata: l'On. LEONE ritirò infatti, nella seduta antimeridiana del 20 dicembre 1946, l'art. 17 del suo progetto a seguito delle constatazioni di alcuni membri della Sottocommissione – in particolare, gli Onorevoli AMBROSINI e DI GIOVANNI – i quali, pur dimostrandosi favorevoli ad assicurare tre gradi di giurisdizione, rilevarono come tale affermazione dovesse rientrare, più che in Costituzione, nella legge sull'ordinamento giudiziario<sup>347</sup>. Netamente contrari erano invece gli Onorevoli CALAMANDREI e BOZZI, secondo i quali «la Cassazione non è un grado»<sup>348</sup>. Anche il secondo comma dell'art. 12 del progetto CALAMANDREI fu ritirato dal suo stesso proponente nella seduta pomeridiana del 20 dicembre 1946.

All'Assemblea Costituente giunse infatti, il 31 gennaio 1947, l'art. 102 del progetto di costituzione il quale recitava: “*Contro le sentenze o le decisioni pronunciate dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali è sempre ammesso il ricorso per cassazione secondo le*

---

<sup>345</sup> Cfr. Relazione del deputato LEONE GIOVANNI sul *Potere giudiziario e sulla corte di garanzia costituzionale*, p. 8, in Commissioni per la Costituzione, II Sottocommissione, Relazioni, consultabile online alla pagina web dell'Archivio storico della Camera dei deputati, <http://archivio.camera.it/resources/atc04/pdf/CD1700000388.pdf>, p. 120.

<sup>346</sup> Cfr. Relazione del deputato PIERO CALAMANDREI sul *Potere giudiziario e sulla corte di garanzia costituzionale*, p. 2, in Commissioni per la Costituzione, II Sottocommissione, Relazioni, consultabile online alla pagina web dell'Archivio storico della Camera dei deputati, <http://archivio.camera.it/resources/atc04/pdf/CD1700000388.pdf>, p. 127.

<sup>347</sup> «Pur riconoscendo che le esigenze contemplate nell'articolo 17 del progetto Leone sono giustissime, non ritiene che possano essere prese in considerazione nella Costituzione, ma che debbano rientrare nella legge sull'ordinamento giudiziario» in questi termini il verbale della seduta del 20 dicembre 1946 fa riferimento all'intervento dell'On. AMBROSINI, rispetto al quale l'On. DI GIOVANNI ritiene di concordare. Cfr. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, vol. VIII, p. 1957, consultabile online: Commissione per la costituzione, II Sottocommissione, Seconda sezione, <http://archivio.camera.it/resources/atc04/pdf/CD1700000367.pdf>, p. 69.

<sup>348</sup> In questi termini l'intervento dell'On. CALAMANDREI, al quale l'On. BOZZI si associa. Cfr. seduta antimeridiana del 20 dicembre 1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, vol. VIII, p. 1958, consultabile online: Commissione per la costituzione, II Sottocommissione, II sezione, <http://archivio.camera.it/resources/atc04/pdf/CD1700000367.pdf>, p. 70.

*norme di legge*”<sup>349</sup> la quale fu nuovamente – e definitivamente – riformulata dalla Commissione, il 27 novembre dello stesso anno nella sua attuale versione (“*Contro le sentenze o le decisioni pronunciate dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali è sempre ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge*”).

Ebbene, è proprio su questo punto che la dottrina è discorde: se infatti, secondo quello che è il parere di SCARSELLI, in «assemblea costituente, dunque, giunge il progetto di Leone, e non quello di Calamandrei»<sup>350</sup>, secondo AMOROSO, coll’emendare l’inciso “secondo le norme di legge” in quello “per violazione di legge” si ebbe una modifica per cui «la tesi del ricorso per cassazione a tutela dello *jus constitutionis*, piuttosto che dello *jus litigatoris*, finì di fatto per prevalere, anche se non nella formulazione di Calamandrei»<sup>351</sup>. Negli stessi termini RUSCIANO secondo cui «la genesi storica dell’art. 111 cost., nella parte in cui prevede la garanzia del ricorso per cassazione per violazione di legge, dimostra, quindi, che l’intento dei Costituenti era proprio quello di attribuire valore costituzionale alla funzione oggettiva del controllo di legittimità, di affermare la nomofilachia della Corte di cassazione e di consacrare la funzione del giudice di legittimità nell’ambito della Costituzione. Ciò non implica anche il ripudio di una funzione soggettiva del ricorso per cassazione, probabilmente ancorata all’art. 24 comma 1, cost., e coesistente alla tutela giuridica dei diritti, bensì il riconoscimento che quest’ultima, secondo i Costituenti, appare recessiva e secondaria rispetto alla garanzia dell’esatta osservanza ed uniforme interpretazione della legge ad opera della Corte Suprema»<sup>352</sup>. Quindi, in sostanza, l’art. 111, co. 7 cost. privilegia lo *jus constitutionis* o lo *jus litigatoris*? Nella discordia a chi dare ragione? Certo la formula definitiva della norma sembrerebbe propendere di più verso quella che era la formulazione dell’art. 17 del progetto Leone ma, al contempo, occorre precisare la portata dell’emendamento che, secondo il parere di AMOROSO e RUSCIANO, hanno determinato la costituzionalizzazione dello *jus*

---

<sup>349</sup> Cfr. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, op. cit., p. 4158. Il testo è parzialmente mutato dalla formulazione adottata, ex art. 6, dalla II sottocommissione nella seduta antimeridiana del 20 dicembre 1946, – “*Contro le sentenze pronunciate in ultimo grado da qualsiasi organo giudiziario ordinario o speciale è sempre ammesso il ricorso alla Corte di cassazione*” – in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell’Assemblea Costituente*, vol. VIII, p. 1958, consultabile online: Commissione per la costituzione, II Sottocommissione, Seconda sezione, <http://archivio.camera.it/resources/atc04/pdf/CD1700000367.pdf>, p. 70.

<sup>350</sup> Cfr. SCARSELLI G., *La crisi della Cassazione civile e i possibili rimedi*, in *Giust. proc. civ.*, 2010, pp. 655 ss, spec. p. 666.

<sup>351</sup> Cfr. AMOROSO G., *Il giudizio civile di cassazione*, op. cit., p. 8.

<sup>352</sup> Cfr. RUSCIANO S., *Nomofilachia e ricorso in cassazione*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 73.



*constitutionis*. A tal fine occorre guardare a quello che fu l'intervento dell'On. COLITTO, alla seduta dell'8 novembre del 1947, nel quale afferma:

«L'art.102 è così redatto: “Contro le sentenze o le decisioni pronunciate dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali è sempre ammesso il ricorso per cassazione secondo le norme di legge”.

Io penso che debba essere un po' emendato. Non è il caso anzitutto di parlare di sentenze ed insieme di decisioni, bastando parlare di decisioni, tale parola abbracciando, nella sua ampiezza, anche le sentenze.

Ritengo poi, che alle parole “secondo le norme di legge” si debbano sostituire le parole “per violazione di legge”. L'articolo102 potrebbe, quindi, essere così redatto: “Contro le decisioni di ogni giudice ordinario o speciale è concesso il ricorso alla Cassazione per violazione di legge”. Indico subito le ragioni dell'emendamento. Soprattutto in conseguenza dell'ordinamento di larghissima autonomia ed autarchia regionale, adottato dal progetto di Costituzione, l'ordinamento giuridico così decentrato esige, ove si voglia evitarne lo sfaldamento, un organo giurisdizionale centrale unico, di larga autorità e di larghi poteri. Senonché si afferma che il ricorso è ammesso “secondo le norme di legge”. Ora io penso che, demandandosi alla legge la fissazione dei limiti di ricorribilità, potrebbe la legge bene limitarli (...). Tale limitazione non sarebbe, invece, più possibile, ove costituzionalmente si sancisse il diritto al ricorso per violazione di legge, perché così si darebbe il diritto di ricorrere sia per inosservanza delle garanzie processuali concesse ai cittadini, sia per errata applicazione al singolo caso delle leggi di diritto sostanziale»<sup>353</sup>

L'intervento dell'On. COLITTO, così come quello dell'On. CORTESE<sup>354</sup> e dell'On. ROSSI<sup>355</sup> – quest'ultimo in particolare riassumeva con esso il parere della Commissione – parrebbero individuare a motivo dell'emendamento più la difesa dello *jus litigatoris* che

---

<sup>353</sup> Cfr. intervento dell'On. COLITTO alla seduta dell'8 novembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 3723.

<sup>354</sup> «L'art.102 dice che contro le sentenze o le decisioni pronunciate dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali è sempre ammesso il ricorso per cassazione secondo le norme di legge. Secondo le norme di legge, può significare anche soltanto per incompetenza o eccesso di potere. Io vorrei che fosse con precisione stabilito nella Costituzione che contro tutti i provvedimenti giurisdizionali di qualunque magistratura è dato ricorrere per cassazione “per violazione” di legge. Le parole “per violazione di legge” le vorrei sostituite a quelle “secondo le norme di legge”. I codici di procedura stabiliranno poi le modalità, ma il principio è questo: per qualunque sentenza di giudici speciali o ordinari deve essere consentito il ricorso per Cassazione per eccepire una violazione di legge sostanziale o processuale» in questi termini l'intervento dell'On. CORTESE alla seduta antimeridiana del 12 novembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 3797.

<sup>355</sup> «Successivamente, nella seduta di oggi, dopo aver sentito ulteriori dichiarazioni e spiegazioni da parte dei presentatori di emendamenti, abbiamo ancora introdotto qualche modificazione, e questo specialmente ad opera dell'onorevole LEONE, i cui suggerimenti sono stati in gran parte accettati» cfr. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*, p. 4184.

quella dello *jus constitutionis*. A sostegno di quanto appena affermato si ricorda infine che non mancarono proposte relative ad una sorta di costituzionalizzazione dell'art. 65 ord. giud.<sup>356</sup>, la cui indifferenza però non potrebbe che dimostrare una tendenza, in sede Costituente, ad un'interpretazione certamente più *soggettiva* che *oggettiva* dell'art. 111, co. 7 cost.

---

<sup>356</sup> In tal senso gli emendamenti proposti dall'On. ROMANO [*“La Corte di cassazione è unica nello Stato ed ha sede in Roma. Essa ha il compito di assicurare la esatta osservanza e la uniforme interpretazione delle leggi da parte degli organi giurisdizionali”*]; dall'On. MERLIN [*“La Corte di cassazione è unica nello Stato ed ha sede in Roma. Essa ha il compito di assicurare l'esatta osservanza e la uniforme interpretazione delle leggi da parte degli organi giurisdizionali”*] e dall'On. CALAMANDREI, insieme agli Onorevoli MAGRASSI, PAOLUCCI, MAGRINI, MACRELLI, SCHIAVETTI, CIANCA, MASTINO, VALIANI E PERASSI [*“Al vertice dell'ordinamento giudiziario, unica per tutto lo Stato, siede in Roma la Corte di cassazione, istituita per mantenere l'unità del diritto nazionale attraverso l'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale e per regolare le competenze tra i giudici”*] in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, *op. cit.*

### Capitolo III

## DIVIETO DI ACCESSO AL FATTO: UNO STRASCICO ANACRONISTICO?

### 1. Il “fatto” in Cassazione: lo stato dell’arte

Sono trascorsi oltre settant’anni dal dibattito in Assemblea sulla natura e sul ruolo della Corte di cassazione, eppure il tempo non pare scalfire la discussione che, mai sopita, torna oggi a far (ri)sentire la propria voce nella domanda “a cosa serve la Corte di cassazione?”.

Questo è l’interrogativo che RORDORF pone come spunto di riflessione in un recente numero della rivista trimestrale *Questione giustizia*<sup>357</sup>, cercando di sollecitare il dialogo tra gli operatori del diritto su un tema rispetto al quale, a timore dell’autore, si starebbe creando un solco tra le opinioni di chi, in dottrina o quantomeno in parte di essa, propende per una visione particolaristica della giurisprudenza della Corte e chi invece enfatizza e valorizza, primo tra tutti il Legislatore, l’aspetto nomofilattico dell’agire del supremo consesso.

Si torna quindi a parlare della Cassazione come di un «Giano bifronte (...) con un volto rivolto all’indietro, che guarda a ciascuna specifica controversia ed al modo in cui essa è stata decisa in sede di merito, ed un altro rivolto al futuro, che dà indicazioni destinate a fungere da riferimento per ogni successiva decisione implicante la soluzione dei medesimi problemi giuridici»<sup>358</sup>; ci si chiede, nuovamente, se la convivenza di queste due anime possa ritenersi effettivamente possibile o, addirittura, auspicabile.

Il discorso non è affatto estraneo al tema oggetto di questo studio ed anzi ne rappresenta la logica e naturale conseguenza: il giudizio di fatto sarebbe infatti inibito al sindacato dinnanzi alla Corte di cassazione in ragione della funzione istituzionale a lei attribuita, alla c.d. funzione nomofilattica, così come delineata dall’art. 65 ord. giud. Il fine della Cassazione non sarebbe quello di giudicare il rapporto sostanziale, ma di controllare che il giudice di merito abbia in sentenza fatto buona (o meglio, conforme) interpretazione ed applicazione delle norme di diritto. Questo è il volto del Giano orientato al futuro, il carattere *nobile* dell’ufficio riservato alla Suprema corte, la funzione che il Legislatore (e, si può aggiungere, parte della giurisprudenza stessa di legittimità) vuole valorizzare.

---

<sup>357</sup> Cfr. *A cosa serve la Corte di cassazione?*, in *Questione giustizia*, n. 3/2017, p. 4 ss, pubblicato online sul sito internet: <http://questionegiustizia.it/rivista/2017-3.php>

<sup>358</sup> *Ivi*, p. 4

Eppure, in quella complessa istituzione che è la Cassazione civile (ma anche, e soprattutto oseremo dire, la Cassazione penale) convive un'altra anima, quella posta a tutela del c.d. *jus litigatoris*, che non risponde ad una ipotetica ed astratta esigenza di uniformità del sistema, ma ad una reale e concreta richiesta di giustizia. In dottrina, osserva ancora RORDORF, non manca infatti chi ha sottolineato come, nella contrapposizione tra una visione “particolaristica” ed una “universalistica” della giurisprudenza, «debba essere sempre la concretezza specifica dei fatti a condizionare di volta in volta la corretta interpretazione ed applicazione delle norme idonee a disciplinarli, e come, viceversa, la pretesa di dettare principi giuridici di carattere generale sottintenda una concezione statica ed uniforme dell'ordinamento, nient'affatto coerente con la realtà»<sup>359</sup>.

Delle origini storiche del divieto di accesso al fatto in Cassazione, legato a doppio filo con la natura esogiurisdizionale dell'organo ed al carattere puramente negativo delle sue pronunce, così come delle possibili ripercussioni che le tesi di CALAMANDREI hanno avuto sull'attuale intendimento del concetto di “nomofilachia”, si è avuto modo di trattare. Ora, mettendo temporaneamente da parte tali riflessioni, al fine poi di riprenderle in una operazione di sintesi con il quadro attuale, occorre soffermarsi sullo stato dell'arte, su quelli che rappresentano oggi i rapporti tra Cassazione e giudizio di fatto.

### 1.1. *Le ragioni circa l'insindacabilità del fatto: esigenze di nomofilachia*

La ragione che, si è avuto modo di vedere, fonda l'insindacabilità del “fatto” dinanzi alla Suprema corte poggia sulla c.d. funzione nomofilattica istituzionalmente attribuita all'organo di legittimità dall'art. 65 dell'ordinamento giudiziario.

Ma cosa si intende per “nomofilachia”?

Da un punto di vista etimologico il termine, dal greco νόμος (*nòmos*, “legge”) e φυλάσσω (*phylàsso*, “custodire”), significa letteralmente “custodire la legge”. Sennonché, come molte parole della lingua italiana (e le parole sono importanti, sosterebbe un noto regista), il verbo “custodire” veicola un significato ambivalente: “custodire” significa non solo “proteggere o curare” ma anche “rinchiudere, vincolare”.

L'anfibologia svela due diversi modi di intendere l'ufficio della Suprema corte, entrambi presenti nella storia dell'istituzione: alle origini, lo si è sostenuto nel corso della

---

<sup>359</sup> *Ibidem*

trattazione, la finalità principale dell'organo di cassazione era quella di reprimere la minaccia che l'ufficio del giudice, latamente inteso, poteva rappresentare per colui che, diversamente a seconda del periodo storico di riferimento, si costituiva come l'epicentro del sistema politico. Tanto la disciplina del *Conseil des parties* che quella del *Tribunal de cassation*, erano infatti tese a "custodire" il volere di colui che si presentava come il detentore del potere legislativo: la volontà del sovrano prima, e del legislatore poi, doveva rimanere cristallizzata, rinchiusa nel testo del comando così come scritto; in questo senso, s'intende, il divieto di accesso al "fatto" si calava perfettamente tra le prerogative del sistema.

Con l'infrangersi dei postulati ideologici post-rivoluzionari ed il riconoscimento della natura giurisdizionale dell'organo di cassazione, non viene a mancare la funzione nomofilattica, ma si trasforma in qualche cosa di propositivo. Il dovere, anche per il giudice di legittimità, di motivare le proprie decisioni e l'ampliamento del suo sindacato alla falsa interpretazione e applicazione di legge nonché, ultimo ma non meno importante, la sua collocazione al vertice dell'ordinamento giudiziario, ha certamente colorato di sfumature positive il concetto di "nomofilachia", trasformando una costrizione statica in una opportunità dinamica. La legge non deve essere protetta solo da "attacchi esterni", come interpretazioni aberranti o false applicazioni, ma anche da se stessa, dai limiti derivanti dalla sua tendenziale immodificabilità: l'adattamento ai mutamenti sociali cui essa si presta, data la generalità e l'astrattezza caratterizzanti la sua formulazione, può e deve essere favorito dall'operato del giudice (si badi, qualsiasi giudice, non solo la Cassazione!).

Si avrà modo di approfondire in seguito<sup>360</sup> questo secondo significato, rispetto al quale, lo si anticipa già da ora, non si vede a nostro avviso alcuna incompatibilità con una cognizione anche in fatto delle questioni che, anzi, garantirebbe un fermo ad una eventuale deriva nomopoietica dell'agire del supremo consesso. In questa sede basti rilevare che tale funzione di *garanzia* attribuita alla Corte di cassazione dall'art. 65 ord. giud. (assicurazione circa «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale (...)») è stata con il tempo, e l'influenza di alcune correnti dottrinali<sup>361</sup>, tradotta in quell'esigenza oggi nota come "uniformità della giurisprudenza".

---

<sup>360</sup> v. *oltre*, § 3.2.

<sup>361</sup> v. *retro*, Cap. II, § 4.1 ss.

Puntualmente, come in un eterno ritorno, la teoria viene a scontrarsi con la realtà: la Cassazione non può, nel concreto, assicurare l'uniformità della giurisprudenza intesa in senso assoluto, ossia quale prodotto consequenziale all'individuazione da parte della Corte della esatta interpretazione della legge<sup>362</sup> e ciò in ragione del fatto che ad essere messa in dubbio è l'esistenza stessa di una interpretazione che possa definirsi "esatta".

Si fa quindi strada la teoria della nomofilachia "tendenziale" (o "dialettica"), frutto di una riflessione condotta da FRANCESCHELLI tra le pagine di *Giustizia e costituzione* ed ancora oggi ripresa in alcuni recenti contributi<sup>363</sup>, secondo la quale la funzione nomofilattica dovrebbe intendersi in senso «a) *tendenziale* in quanto non può che tendere a risultati relativamente stabili; b) *dialettico*, in quanto non può che risultare da tentativi di composizione di conflitti emergenti da una società e un ordinamento fondato sul pluralismo; c) *collettivo*, in quanto deve emergere da una operazione che interessa sia l'intera magistratura, sia le varie funzioni dell'organo giudicante; d) *tecnologicamente attrezzato*»<sup>364</sup>.

La riflessione di FRANCESCHELLI parte dal semplice presupposto secondo il quale «il bene supremo della giustizia non è – e non può essere – una staticità e uniformità di giurisprudenza – il cui dettato goda della presunzione di "esatta osservanza" della legge ma è, al contrario, una disponibilità all'intendere il nuovo e ad interpretare il pluralismo, e quindi ad un confronto continuo di posizioni, nessuna delle quali può considerarsi dotata di forza di resistenza superiore a quella che un armonico sviluppo dell'ordinamento consenta»<sup>365</sup>. L'idea è quindi quella di un percorso dinamico che si estende non solo "dall'alto verso il basso", in forza dell'autorità delle pronunce del supremo consesso, ma

---

<sup>362</sup> Questa versione della nomofilachia, sostiene TARUFFO ne *Funzioni e problemi attuali della Corte di Cassazione* in *Il vertice ambiguo*, cit. pp. 160-161, «è insostenibile sul piano teorico generale: non esistendo a priori alcuna *right answer* interpretativa rispetto ad alcuna norma (...) non si può configurare la funzione della Cassazione come determinazione e scoperta di un "significato esatto" della norma, che in realtà non esiste». Per approfondimenti sulla crisi del formalismo interpretativo nell'impianto dell'art. 65 ord. giud., v. Id., *La Corte di Cassazione e la legge*, cit., pp. 73 e ss.

<sup>363</sup> La tesi, condivisa in quegli anni anche da parte di altri esponenti della magistratura (v., in particolare, SENESE S., *Funzioni di legittimità e ruolo di nomofilachia*, in *Foro It.*, 1987, V, c. 256 e ss.), viene ancora oggi citata (v. PASSANANTE L., *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 4 e ss.) e ripresa, sempre da componenti del corpo della magistratura, in alcuni saggi pubblicati nel citato numero della rivista trimestrale *Questione giustizia* (v., in particolare, CATALDI G., *Ruolo e funzione della Corte di Cassazione: il punto di vista del giudice d'appello*, in *Questione giust.*, n. 3/2017, pp. 14 e ss.; RIZZARDI B., *Il giudice di merito e la Corte di cassazione: alla ricerca della nomofilachia perduta*, ivi, pp. 19 e ss.).

<sup>364</sup> cfr. FRANCESCHELLI M., *Nomofilachia e Corte di cassazione*, cit., p. 41

<sup>365</sup> Ivi, p. 40

anche “dal basso verso l’alto”, attraverso l’operato dei giudici di merito dinnanzi ai quali «si formano le prime decisioni sulle nuove leggi o sulle pressioni che le mutate realtà sociali esercitano rispetto all’interpretazione delle vecchie leggi»<sup>366</sup>. L’autorevolezza della giurisprudenza della Cassazione, conclude FRANCESCHELLI, «sarà tanto maggiore quanto più essa è aperta e disponibile a questa sorta di grande “dialogo” e quanto più, dal confronto delle varie posizioni, essa saprà coglier[n]e e affermar[n]e le tendenze di fondo» in modo da rendere «“razionale” e non “casuale” il pluralismo che sta nelle cose o che si manifesta nel complessivo prodotto giudiziario»<sup>367</sup>.

La tesi di FRANCESCHELLI non può certo essere definita l’ultima interpretazione attorno al concetto di nomofilachia, e nemmeno la più seguita: le ben note critiche di cui è stata oggetto, in particolare quella sollevata da DENTI<sup>368</sup>, non sono infatti del tutto prive di fondamento e, come si avrà presto modo di vedere, le teorie sul significato del ruolo svolto dalla Suprema corte non si sono arrestate a tale definizione. Ciononostante, con delibera del 3 maggio 2017, il *plenum* del Consiglio superiore della magistratura ha istituito un gruppo di lavoro finalizzato alla riattivazione di un archivio informatizzato (denominato *Merito*) presso il sistema *ItalggiureWeb* gestito dal C.E.D. della Cassazione<sup>369</sup>: il progetto, sostiene DI CERBO, «nasce dalla convinzione che il corretto esercizio della giurisdizione possa trarre grande beneficio dal costante dialogo fra legittimità e merito. Si tratta cioè di realizzare un rapporto che non può essere unidirezionale (dalla Corte di legittimità ai giudici di merito) ma bidirezionale, nel senso che le decisioni dei giudici di merito devono essere rese reperibili a tutti gli altri giudici di merito e anche a quelli di legittimità. Occorre in altre parole realizzare la circolarità dell’informazione concernente il dato giuridico relativo alle decisioni. E ciò vale soprattutto in quei settori dell’ordinamento che si

---

<sup>366</sup> *Ivi*, p. 41.

<sup>367</sup> *Idem*.

<sup>368</sup> La tesi della nomofilachia tendenziale o dialettica è stata oggetto di una accesa critica da parte di DENTI nel rilievo per cui «sottrarre alla Cassazione il compito di unificazione della giurisprudenza comporta necessariamente sottrarle anche quello di individuare l’esatta interpretazione della legge. Non si tratta, quindi, di intendere diversamente la funzione di nomofilachia, bensì di cancellarla, puramente e semplicemente dal nostro ordinamento, riducendo la Cassazione al livello di un qualsiasi giudice, cui i repertori di giurisprudenza somministrano i materiali per ricostruire quella che ritiene la più plausibile interpretazione della norma» (cfr. DENTI V., *A proposito di Corte di cassazione e di nomofilachia*, in *Foro It.*, 1986, V, c. 417 e ss.).

<sup>369</sup> Il verbale della seduta è reperibile online all’indirizzo: <https://www.csm.it/web/csm-internet/lavori-del-consiglio/dal-plenum> (v. pp. 274-275). Con delibera del 31 ottobre 2017 sono state approvate le linee guida predisposte dalla commissione incaricata; il testo è consultabile online all’indirizzo: <https://www.csm.it/documents/21768/87311/Linee+guida+banca+dati+giurisprudenza+merito+31+ottobre+2017/1cd0bfb3-fe4a-679d-a570-37dcb15a1778>.

caratterizzano per essere oggetto di molteplici interventi legislativi, spesso fortemente innovativi e quasi sempre implicanti notevoli sforzi interpretativi e sistematici per l'applicazione delle nuove norme. Ed infatti la giurisprudenza di merito interviene immediatamente sul contenzioso “nuovo” introdotto, in particolare, da nuove leggi o da decisioni della Corte costituzionale o, ancora, da importanti mutamenti giurisprudenziali; intercetta i nuovi filoni concernenti cause seriali; costituisce una costante occasione di verifica, anche per la giurisprudenza di legittimità, della correttezza ed efficacia delle proprie decisioni»<sup>370</sup>.

Cosa si intenda oggi per “nomofilachia”, non è ad ogni modo ancora chiaro: c'è chi, come si è avuto modo di vedere, si limita a riconoscere una nomofilachia solo tendenziale; chi ritiene invece che si possano individuare tre diverse accezioni del concetto, tra loro indivisibili<sup>371</sup>; e chi, infine, conclude che «quel che viene in rilievo non è tanto quel che la nomofilachia è, cioè cura della “legge” e sua protezione da attentati esterni, quanto quello che essa non è, cioè cura e considerazione del caso particolare nel quale, e per il quale, viene in discorso la concreta interpretazione ed applicazione della legge»<sup>372</sup>.

Tale ultimo rilievo è, del resto, ciò che accomuna tutte le interpretazioni sul concetto di nomofilachia e, più in generale, sull'interrogativo attorno al ruolo ed alle funzioni della Suprema corte. Si torna quindi al principio: per realizzare le esigenze nomofilattiche, la Cassazione non può curarsi del caso concreto, non può conoscere del “fatto”, non può, per usare le parole di CATALDI, scendere in «quel mondo di “carne e sangue” in cui la vicenda reale si è dipanata innanzi ai giudici di merito»<sup>373</sup>.

---

<sup>370</sup> Cfr. DI CERBO V., *Banche dati di giurisprudenza, nomofilachia e trasparenza dell'attività giurisdizionale. L'esperienza del Ced della Corte di cassazione*, in *Quest. giust.*, 3/2017, pp. 93 ss., p. 95.

<sup>371</sup> Cfr. ALPA G., CARBONE V., *Giurisdizioni di legittimità e regole di accesso. Esperienze europee a confronto*, Il Mulino, 2011. Secondo l'opinione di ALPA è possibile individuare una nomofilachia “ideologica o direzionale”, «che stabilisce i limiti di creatività del giudice» nel conflitto tra le due esigenze di «continuità nell'applicazione dei paradigmi interpretativi, che assicura la certezza del diritto» e di «libertà dell'interprete, che senza la cappa dei precedenti o degli orientamenti del giudice di legittimità, riesce non solo a far giustizia nel caso singolo ma anche ad adeguare le regole alle nuove circostanze o ai nuovi valori emergenti da una società in veloce mutamento»; una nomofilachia “pragmatica o funzionale”, che «si preoccupa di assicurare l'eguaglianza di trattamento, la ragionevolezza delle decisioni, la prevedibilità delle decisioni e la rapidità delle procedure»; ed, infine, una nomofilachia “tecnica”, «che si ricava dalla volontà del legislatore, espressa nelle formule testuali del codice di procedura civile e delle sue disposizioni di attuazione» (ivi, pp. 17-18).

<sup>372</sup> Cfr. MAZZARELLA F., *Analisi del giudizio civile di cassazione*, 3° ed., Cedam, Padova, 2003, pp. 15-16, nota 7. In tal senso, rileva MAZZARELLA, «la nozione richiama la contrapposizione tra *ius litigatoris* e *ius constitutionis* che, nata ad altri fini e in un diverso ordinamento, viene estrapolata per contrapporre l'interesse del privato litigante all'interesse pubblico, cioè, di tutti, allo svolgimento della funzione della Cassazione» (ivi, nota 7, p. 16).

<sup>373</sup> Cfr. CATALDI G., *Ruolo e funzione della Corte di cassazione: il punto di vista del giudice d'appello*, cit., p. 16.



Eppure, come noto, esistono casi in cui la Suprema corte scende dall'empireo del diritto e tocca il "fatto". Si tratta di episodi che si realizzano nel quotidiano operare della Corte e che, per esigenze di completezza nell'esposizione dello stato dell'arte, meritano di essere trattate.

Seppur sommariamente, data la diversa finalità di questa trattazione, veniamo quindi ad analizzare i casi in cui la Cassazione opera, o rischia di operare, nel terreno del fatto.

### 1.2. Eccezioni al divieto: il "fatto processuale"

La regola per la quale l'accertamento in fatto sfugge al sindacato della Corte di cassazione trova un'eccezione nel caso in cui l'organo di legittimità sia chiamato a valutare la sussistenza o meno di un *error in procedendo*.

Si tratta di un risultato pacifico, ammesso sia in dottrina<sup>374</sup> che in giurisprudenza<sup>375</sup>, e che si fonda sulla distinzione, già presente sotto il vigore del vecchio codice, tra difetti di giudizio, nel cui ambito rientrano gli *errores in iudicando*, e difetti di attività, che si traducono in *errores in procedendo*. Non ci soffermeremo oltre su tale distinzione e sulla sua opportunità, che da taluni è stata posta in dubbio<sup>376</sup>, qui basti rilevare che, come

---

<sup>374</sup> Cfr. CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, cit., pp. 1029 ss.; SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 189; LORENZETTO PESERICO A., *Errori in procedendo e giudizio di fatto in cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, pp. 638 ss.; BOVE M., *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, II, pp. 947 ss.; GRAZIOSI A., *Piccole variazioni in tema di errores in procedendo e accertamenti del fatto nel giudizio di Cassazione*, in *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, Bononia University Press, Bologna, 2012.

<sup>375</sup> «Quando, con il ricorso per cassazione, venga dedotto un "error in procedendo", si legge nelle pronunce del Supremo consesso, «il sindacato del giudice di legittimità investe direttamente l'invalidità denunciata, mediante l'accesso diretto agli atti sui quali il ricorso è fondato, indipendentemente dalla sufficienza e logicità della motivazione esibita al riguardo, posto che, in tali casi, la Corte di cassazione è giudice anche del fatto». V., tra la giurisprudenza più recente, Cass. (ord.) 13/08/2018, n. 20716, in *CED* rv. 650015-02; Cass. 21/04/2016, n. 8069, in *CED* rv. 639483-01; Cass. 30/07/2015, n. 16164, in *CED* rv. 636503-01; Cass. SS.UU. 22/05/2012, n. 8077, in *CED* rv. 622361-01.

<sup>376</sup> Cfr. FAZZALARI E., *Il giudizio civile di cassazione*, cit., pp. 102 ss., che arriva a negare il fondamento logico della distinzione tra i due tipi di errore rilevando che «per tenerla ferma rispetto ai tipi di vizi fissati dall'art. 360 occorrerebbe, da un canto, cogliere fra i medesimi un divario di disciplina positiva, che costituisca valida *ratio distinguendi*, e, dall'altro, convincersi che tale divario possa essere convenientemente contraddistinto dalle due formule in discorso. (...) Non sembra che la distinzione possa essere adibita per separare dagli altri gli errori di diritto che inficiano il contenuto della sentenza di merito (di cui al n. 3 dell'art. 360), sotto il riflesso che questi ultimi consisterebbero nella inosservanza della legge sostanziale: (...) oggetto della violazione è ancora qui la legge processuale (regolatrice del contenuto della sentenza di merito: giudizio e comando). Né può addursi come *ratio distinguendi* che tali errori, a differenza di tutti gli altri non involgono la cognizione del "fatto". A tacer d'altro, il "fatto" il cui riesame è inibito alla Corte nell'ambito del n. 3 (in sede di controllo di giudizio di merito) è *toto coelo* diverso dal "fatto" che essa può conoscere, poniamo, in ordine ad una "nullità" del procedimento (...) Ma, qualora si assuma un parametro omogeneo, cioè ci si riferisca al "fatto" in uno dei due diversi significati, la distinzione fra i due gruppi di vizi sfuma: inteso come componente del rapporto litigioso, il "fatto" non rientra, di certo, nella cognizione relativa alle

autorevolmente affermato, «non altrimenti risolvendo questioni di fatto può decidersi se fu omessa o violata una forma, se la sentenza è nulla, se le parti erano o no capaci, se vi fu eccesso di potere o mancata pronuncia»<sup>377</sup>.

Quando la Corte opera come giudice del fatto (processuale) non valuta il rapporto sostanziale, accertando e valutando un fatto posto in essere prima e fuori dal processo, ma verifica il suo corretto svolgimento badando affinché gli atti delle parti e del giudice siano stati posti in essere secondo le forme e nel rispetto della sequenza procedimentale previsti dalla legge processuale. Si tratta, in sostanza, di fatti “interni” al procedimento: il fatto, osserva ancora RORDORF, «si colloca all’interno di una vicenda che è tuttora in corso di sviluppo, sia quando quella vicenda ancora si sta svolgendo nella fase del giudizio di merito sia quando è transitata nel giudizio di legittimità, che pur sempre nel medesimo rapporto processuale s’inserisce[;] la fondamentale unitarietà del procedimento, pur nei diversi gradi e fasi in cui si svolge, rende il vizio attuale, ove sia tale da incidere sulla decisione della causa e da compromettere la realizzazione del giusto processo»<sup>378</sup>.

---

nullità del procedimento; inteso, invece, come concreta condotta nel processo, il “fatto” non sfugge mai alla cognizione della Corte, perché anche quando conosce del cosiddetto *error in iudicando*, essa sindacava appunto una concreta condotta processuale, cioè l’attività del giudice concretatasi nel giudizio. (Del resto, è proprio sotto questo profilo che l’errore incorso nella ricostruzione del fatto, e di cui al n. 5 dell’art. 360, viene configurato come *error in procedendo* e che – ove si volesse ad ogni costo prestare ossequio a queste formule tradizionali – si dovrebbe concludere che tutti i vizi di cui all’art. 360 sono *errores in procedendo*). Al più, osserva ancora FAZZALARI, «all’interprete è dato scorgere una sola differenza di disciplina, davvero rilevante la quale corre tra una delle categorie di vizi che rientrano nel n. 3 dell’art. 360, e precisamente le violazioni o false applicazioni di legge che inficino la motivazione della sentenza di merito (meglio il giudizio di merito in essa contenuto), e tutti gli altri vizi indicati dall’art. 360 (...); e consiste in ciò che i primi, a differenza dei secondi, non conducono *illico et immediate* all’annullamento della sentenza che ne risulti affetta, dovendo la Corte eseguire in più, per essi, il controllo di “causalità”, cioè stabilire se si siano o meno tradotti in errori del dispositivo. Ma, se questo è il divario, non pare che convenga segnalarlo con le formule “errores in iudicando” ed “errores in procedendo”» (*ivi*, pp. 104-105).

In termini diversi si pone MAZZARELLA che, nonostante rilevi la problematicità della distinzione, non ne nega una rilevanza pratica osservando che «vi sono delle norme per le quali non può vigere alcun divieto di conoscere il fatto perché esse, per l’oggetto che disciplinano, non presuppongono alcun giudizio sul fatto, cioè sull’accadimento passato, ma su qualcosa che, a rigore, (ancora) “accaduto” non è. Sotto questo profilo, ha ragione chi sottolinea che il fatto, il cui esame è inibito alla Corte nell’ambito del n. 3 dell’art. 360, è diverso dal fatto che essa può e deve conoscere nell’ambito dell’*error in procedendo*». Il “fatto processuale”, di cui la Cassazione è giudice, non sarebbe, secondo l’a., un “fatto” in senso stretto, ma una “situazione”, il processo, che si evince dagli atti del procedimento. Non si tratterebbe, in sostanza, di «violazioni di legge commesse con l’agire e violazioni commesse col giudicare (quasi che giudicare non sia un agire particolare); molto più semplicemente si tratta di violazioni non solo che normalmente si rivelano dagli atti, ma il cui effetto è, per così dire, permanente, nel senso che (salvi i possibili casi di sanatoria) viciano l’intero processo» (così MAZZARELLA F., *Analisi del giudizio civile di cassazione*, cit., p. 68-70).

<sup>377</sup> Cfr. CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 1037.

<sup>378</sup> Cfr. RORDORF R., *Questioni di diritto e giudizio di fatto*, in *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, cit., p. 40.

Il sindacato della Suprema corte non si arresta alla semplice constatazione delle modalità e delle scansioni temporali rispetto alle quali l'attività processuale delle parti o del giudice è stata (o non è stata) posta in essere, e da cui è derivata la nullità del provvedimento finale, ma si estende oltre, alla interpretazione del contenuto dell'atto stesso.

L'estensione a tale ambito di cognizione della Corte, già riconosciuta da parte della dottrina<sup>379</sup>, non apparve parimenti accolta in giurisprudenza ove si riscontrò un contrasto tra pronunce che ribadivano il potere dell'organo di cassazione di procedere direttamente all'esame e alla valutazione degli atti del processo di merito nel caso in cui fosse denunciato un *error in procedendo*, e quelle che affermavano l'assegnazione in via esclusiva al giudice di merito del compito di interpretare e valutare gli atti processuali, circoscrivendo il sindacato della Cassazione ai soli eventuali vizi di motivazione. Per la composizione di tale contrasto intervennero le sezioni unite che, con sentenza 22 maggio 2012, n. 8077, affermarono il principio di diritto secondo cui «quando col ricorso per cassazione venga denunciato un vizio che comporti la nullità del procedimento o della sentenza impugnata, ed in particolare un vizio afferente alla nullità dell'atto introduttivo del giudizio per indeterminatezza dell'oggetto della domanda o delle ragioni poste a suo fondamento, il giudice di legittimità non deve limitare la propria cognizione all'esame della sufficienza e logicità della motivazione con cui il giudice di merito ha vagliato la questione, ma è investito del potere di esaminare direttamente gli atti e i documenti sui quali il ricorso si fonda, purchè la censura sia stata proposta dal ricorrente in conformità alle regole fissate al riguardo dal codice di rito»<sup>380</sup>.

### 1.3. *Meccanismi di indebita incursione nel fatto*

Ciò che è estraneo alla cognizione della Corte non è quindi il “fatto processuale”, inteso quale evento interno alla vicenda processuale e che rileva in quanto idoneo a

---

<sup>379</sup> «Quando la Corte nella sua attività non incontra alcun limite, come nel caso degli *errores in procedendo*, si dovrà consentire che essa ripeta il giudizio di fatto già compiuto dal giudice di merito in quanto questa è la sola via per effettuare un controllo su un giudizio storico. Nel far questo la Cassazione, come prima il giudice di merito, dovrà tener conto di tutti quei fatti rilevanti per l'applicazione della legge processuale che risultino provati nella loro esistenza da atti e documenti di causa. L'attività di controllo sul fatto si traduce quindi in una interpretazione di questi atti e documenti per verificare se da essi possa desumersi l'esistenza di fatti rilevanti per l'applicazione della legge processuale», così LORENZETTO PERSICO A., *Errori in procedendo e giudizio di fatto in Cassazione*, cit., p.651.

<sup>380</sup> cfr. Cass., SS.UU., n. 8077/2012, cit., in motivazione p. 8-9.

compromettere, quale vizio di attività del giudice o delle parti, la realizzazione del c.d. giusto processo, ma il “fatto sostanziale” ossia quell’evento esterno al processo che deve essere rappresentato e ricostruito all’interno di questo come elemento di una fattispecie da sussumere nel successivo giudizio di diritto.

Eppure, nonostante le asserzioni di principio, esistono dei casi in cui è la stessa Corte di cassazione a sconfinare i propri limiti nomofilattici, andando ad apprezzare e valutare del materiale assunto nel corso del giudizio di merito. Non si analizzeranno nel dettaglio tali simili ipotesi in quanto, lo ripetiamo, la presente trattazione ha interesse ad indagare più che sul *come*, sul *perché* avvenga tale “indebita incursione” e se *indebita* si possa definire. Vale però a nostro avviso la pena di accennare a taluni di questi meccanismi che, favoriti da quella ineliminabile “zona grigia” del giudizio nella quale è «disagevole distinguere nettamente i profili di fatto da quelli propriamente di diritto»<sup>381</sup>, rappresentano indizi gnoseologici del concreto operare della Corte e tipici esempi dell’affermazione, più volte ripetuta in questo scritto, per cui «nel completare e nel perfezionare il meccanismo processuale della propria funzione nel processo civile, la Cassazione ha sempre badato acchè esso non le impedisse di rendere giustizia per così dire sostanziale»<sup>382</sup>.

### 1.3.1. (segue) a) *L’interpretazione dei contratti*

L’interpretazione delle clausole contrattuali e degli atti negoziali in genere è attività notoriamente riservata al giudice di merito. Si tratta, invero, di un giudizio di fatto che, come ribadito a più riprese dalla giurisprudenza di legittimità, non può essere censurato dinnanzi alla Suprema corte, il cui sindacato rimane «limitato alla verifica del rispetto dei canoni legali di ermeneutica contrattuale ad al controllo di una motivazione coerente e logica»<sup>383</sup>. A prescindere ora dai rilievi che potrebbero porsi a seguito della modifica all’art. 360, co. 1, n. 5 c.p.c. ad opera del d.l. n. 83/2012<sup>384</sup>, in questa sede basti riflettere

---

<sup>381</sup> Cfr. RORDORF R., *Questioni di diritto e giudizio di fatto*, in *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, cit., p. 35.

<sup>382</sup> Cfr. FAZZALARI E., *Il giudizio civile di Cassazione*, cit., p. 2.

<sup>383</sup> Cfr. *ex multis*, Cass. 13/02/2002, n. 2074 in *CED* rv. 552238-01, Cass. 28/07/2005, n. 15798 in *CED* rv. 584351-01, Cass. (S.L.)15/11/2013, n. 25728 in *CED* rv. 628585-01, Cass. 10/02/2015, n. 2465 in *CED* rv. 634161-01, Cass. 26/05/2016, n. 10891 in *CED* rv. 640122-01.

<sup>384</sup> L’interpretazione dei contratti, si è detto, è sindacabile nell’ambito del giudizio di legittimità solo sotto una duplice veste: con riferimento al rispetto dei canoni legali di ermeneutica contrattuale e sotto il profilo della correttezza logica della motivazione. Rispetto a tale ultimo aspetto occorre rilevare che la citata giurisprudenza di legittimità si consolidava sotto il vigore della precedente e riformata formulazione del n. 5 di cui all’art. 360, co. 1, che prevedeva quale vizio legittimante il ricorso l’“omessa, insufficiente o

sui profili di (in-)compatibilità tra il giudizio *in iure* rispetto alla violazione o falsa applicazione di taluni canoni ermeneutici, quali “la comune intenzione delle parti” di cui all’art. 1362 c.c., e gli indici fattuali posti da parametro a tale giudizio.

A fini esemplificativi e per meglio comprendere l’ambiguità del sindacato della Corte rispetto a tali ipotesi, pare opportuno analizzare un caso concreto<sup>385</sup>.

I signori M. e M. convenivano in giudizio G.V. e la compagnia assicuratrice C., in qualità di fideiussore di G.V., al fine ottenere la dichiarazione di risoluzione per inadempimento del contratto tra loro stipulato per la compravendita di un immobile e la condanna dei convenuti al risarcimento del danno patito. Il tribunale accolse la domanda di risoluzione ma rigettò quella di condanna proposta nei confronti del fideiussore, ritenendo la polizza nulla per inesistenza dell’oggetto. Più in particolare, come rilevato anche dalla Corte distrettuale che confermò la decisione in sede di appello, la polizza fideiussoria prevedeva come oggetto inequivoco di garanzia “*le obbligazioni scaturenti dal contratto di permuta stipulato per atto pubblico*” e, mancando la forma espressamente prevista dalla clausola, essendo stata l’obbligazione da G.V. assunta con scrittura privata, la garanzia doveva ritenersi priva del suo oggetto.

Avverso tale sentenza ricorrono per cassazione M. e M. censurando la decisione sia sotto il profilo del n. 5 dell’art. 360 c.p.c., sia per violazione e falsa applicazione di legge, nello specifico, degli artt. 1362 e 1363 c.c.. La Corte di cassazione, investita della questione, accoglie il ricorso esaminando in via preliminare ed assorbente l’*error in iudicando*.

---

contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio” e, prima ancora, per “omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile di ufficio”. Ad oggi la disposizione prevede invece che sia impugnabile per cassazione la sentenza pronunciata in grado di appello o in unico grado qualora “per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti”. Scomparso il riferimento alla motivazione del provvedimento, la giurisprudenza di legittimità ha quindi riformulato il principio di diritto in relazione all’interpretazione dei contratti affermando che questa, «traducendosi in una operazione di accertamento della volontà dei contraenti, si risolve in una indagine di fatto riservata al giudice di merito, censurabile in cassazione, oltre che per violazione delle regole ermeneutiche, ai sensi dell’art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., per inadeguatezza della motivazione, ex art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., nella formulazione antecedente alla novella di cui al d.l. n. 83 del 2012, oppure - nel vigore della novellata testo di detta norma - nella ipotesi di omesso esame di un fatto decisivo e oggetto di discussione tra le parti» (cfr. Cass. 14/07/2016, n. 14355 in *CED* rv. 640551-01). Sennonché si è presto asserito come «in tema di ricorso per cassazione, l’omesso esame di una questione riguardante l’interpretazione del contratto, non costituendo “fatto decisivo” del giudizio, non è riconducibile al vizio di cui all’art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c., atteso che rientrano in tale nozione gli elementi fattuali e non quelli meramente interpretativi» (cfr. Cass. 13/08/2018, n. 20718, in *CED* rv. 650016-02; Cass. 8/03/2017, n. 5795, in *CED* rv. 643401-01).

<sup>385</sup> Cfr. Cass. 9/12/2014, n. 25840 in *CED* rv. 633421-01.

A rilievo della Suprema corte i giudici di merito avrebbero infatti violato le regole poste a presidio dell'interpretazione dei contratti, arrestandosi sul principio *in claris non fit interpretatio* senza indagare su di una diversa volontà delle parti, da ricercarsi in base alla loro condotta ed al complesso dei patti contrattuali.

Dalla lettura della sentenza viene chiarito che la vicenda storica trae origine da una operazione di permuta risultata dal combinarsi di più contratti: i signori M. e M. disponevano infatti di un immobile che intendevano ristrutturare e G.V. disponeva di un'impresa che avrebbe potuto eseguire i lavori, cosicché «le due parti realizzarono un affare in virtù del quale i primi trasferirono al secondo il proprio immobile, il secondo si impegnò a ristrutturarlo ed a trasferire ai venditori, a titolo di prezzo della vendita, quattro degli appartamenti ricompresi nell'immobile, debitamente ristrutturati. Questo affare non fu concluso *uno actu*, ma attraverso la stipula di tre distinti negozi: (a) un contratto preliminare, col quale i proprietari promisero di vendere a G.V. l'intero immobile; (b) un contratto definitivo stipulato in forma pubblica, col quale i proprietari vendettero l'immobile a G.V.; (c) un *contestuale* contratto di vendita, stipulato in forma di scrittura privata, col quale G.V. vendeva ai signori M. e M. quattro appartamenti inclusi nel suddetto immobile. A fronte di questa operazione contrattuale la società C. si obbligò, nei confronti dei signori M. e M., a garantire “*l'esatto adempimento degli obblighi [di G.V.] derivanti dal contratto di permuta di cui all'atto notarile stipulato il 30.6.1995*”»<sup>386</sup>.

La Suprema corte, rilevata in ogni caso l'inapplicabilità del principio *in claris non* essendo la clausola contrattuale oggetto di scrutinio affatto cristallina nella sua formulazione, individua una serie di indicatori circa una diversa interpretazione della clausola secondo la volontà dei contraenti, tra questi: il fatto che la polizza prevedesse formalmente la prestazione di una “cauzione”, «là dove è pacifico che le parti avessero invece inteso garantire l'adempimento da parte di G.V. delle obbligazioni assunte nei confronti dei venditori, secondo lo schema del *performance bond* e non della polizza cauzionale; il fatto che la polizza garantisse, da un lato, solo «formalmente gli obblighi scaturenti da un contratto di “permuta”, che le parti non hanno mai stipulato, perché raggiunsero il medesimo scopo formalmente concludendo due vendite successive e reciproche» e, dall'altro, «obbligazioni scaturite da un contratto del quale era indicata la

---

<sup>386</sup> *Ivi*, in motivazione, p. 7-8.

data in modo erroneo»<sup>387</sup>. Tra le ragioni della cassazione viene infine rilevata anche la violazione dell'art. 1366 c.c. non avendo il giudice di merito interpretato il contratto alla luce del criterio di buona fede che, nel caso di specie, avrebbe dovuto essere applicato in virtù della circostanza, non controversa, «che C., tra il momento della stipula della fideiussione (30.6.1995) e quello dell'escussione della garanzia (1997) nulla abbia osservato in merito all'inefficacia del contratto da essa stipulato, riscuotendo – deve presumersi – il relativo corrispettivo. Né il creditore beneficiario (M. e M.), né il debitore garantito (V.) nel medesimo periodo avevano tuttavia mostrato di ritenere che il contratto fosse viziato: anzi, stipularono la vendita (per scrittura privata) del 25.5.1995 proprio sul presupposto che esistesse e fosse efficace la garanzia fideiussoria»<sup>388</sup>.

Nel caso giudiziario in esame la Corte procede ad un giudizio che, a nostro avviso, non si ritiene così distante da quello che potrebbe (ed anzi, dovrebbe) compiere qualsiasi giudice di merito: vengono, in sostanza, valutate talune circostanze *in facto* al fine di interpretare (in questo caso, reinterpretare) una clausola contrattuale. Nulla rileva che tali circostanze siano considerate pacifiche, che risultino specificatamente indicate nel ricorso e ritualmente allegate e dedotte nel corso del pregresso giudizio; si tratta pur sempre di elementi di fatto che sono stati, proprio in quanto “non controversi”, oggetto di scrutinio dei giudici di merito i quali, però, non li hanno ritenuti sufficienti a fondare in modo diverso il loro convincimento. Ma allora, in cosa si distingue il giudizio di legittimità? Si potrebbe sostenere che il giudice di cassazione abbia semplicemente rilevato una violazione di legge, rimettendo a quello di merito le opportune disposizioni. Ma, se si guardasse alla sostanza, si potrebbe scorgere che in realtà la scelta del giudice di rinvio è vincolata: quale altra decisione potrebbe questi prendere se non quella di ritenere operante la clausola contrattuale sulla base della non applicabilità ad essa del principio *in claris non fit interpretatio* e sul rilievo che, in virtù di un'interpretazione fondata sulla comune intenzione delle parti (da evincersi in base alle circostanze già menzionate dalla Cassazione) la fideiussione non poteva che ritenersi stipulata con lo specifico intento di garantire i venditori rispetto all'inadempimento del G.V.

Si tratta, indubbiamente, di una soluzione di “giustizia” rispetto al caso concreto ma v'è però da chiedersi fino a che punto la Corte di cassazione, quando è chiamata a valutare la

---

<sup>387</sup> *Ivi*, in motivazione, p. 10.

<sup>388</sup> *Ivi*, in motivazione, pp. 13-14.

violazione o meno di canoni ermeneutici che presuppongono necessariamente delle valutazioni *in facto* (quali il comportamento tenuto in concreto dalle parti), compia un giudizio che possa definirsi di puro diritto<sup>389</sup>.

### 1.3.2. (segue) b) *Le clausole generali e i concetti giuridici indeterminati*

Molto brevemente, in ragione della copiosa letteratura che si è formata sul tema<sup>390</sup>, solo alcune parole sul sindacato di legittimità in ordine alle clausole generali ed ai concetti giuridici indeterminati.

Non si darà una definizione di “clausole generali”, di “concetti giuridici indeterminati” e di “norme elastiche”: la questione definitoria è difatti controversa in dottrina ed una disamina delle diverse posizioni che si sono prospettate in letteratura sul tema<sup>391</sup>, oltre al fatto di appartenere più all’ambito della teoria generale del diritto che al diritto processuale in senso stretto, non sarebbe pertinente ai fini della presente indagine. In questa sede si ritenga quindi sufficiente ricordare, in linea generale, che con tali espressioni si fa usualmente riferimento a norme caratterizzate da un certo grado di indeterminatezza, semantica o casistica, più incisiva rispetto ad altre norme<sup>392</sup>, che ne comporta una

---

<sup>389</sup> Per una approfondita disamina delle tesi sostenute in dottrina circa sindacabilità o meno in sede di legittimità della questione interpretativa, v. BOVE M., *Il sindacato della Corte di cassazione. Contenuto e limiti*, cit., pp.125 e ss., spec. pp. 144 e ss.

<sup>390</sup> Per tutti, v. l’opera monografica di FABIANI E., *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Utet, Torino, 2003.

<sup>391</sup> Si vedano in particolare le posizioni di GUARNERI A., voce *Clausole generali* in *Digesto disc. priv.*, sez. civ., II, Torino, 1988, pp. 403 ss.; DI MAIO A., *Clausole generali e diritti delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. privato*, 1984, pp. 539 ss.; FRANZONI M., *Buona fede e equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1999, pp. 83 ss.; CASTRONOVO C., *L’avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. privato*, 1986, pp. 21 ss.; RODOTÀ S., *Le clausole generali*, in *I contratti in generale. I. I fenomeni negoziali*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, 1991, pp. 389 ss.; ROSELLI F., *Il controllo della Cassazione sull’uso delle clausole generali*, Jovene, Napoli, 1983; BOVE M., *Il sindacato della Corte di cassazione. Contenuto e limiti*, cit., riassunte in FABIANI E., *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, cit., pp. 25 ss.

<sup>392</sup> Le disposizioni giuridiche, afferma LOMBARDO, «sono sempre connotate da una maggiore o minore indeterminatezza (o vaghezza) del loro significato; si tratta della indeterminatezza della loro area semantica, che dipende dal fatto che i termini linguistici da esse adottati si caratterizzano per avere un “nucleo concettuale” di significato certo (nel quale rientrano senza dubbio una serie di casi, chiari e problematici) e una “zona di penombra” di significato incerto (nella quale rientrano i casi discutibili o marginali), che lascia un’area di apprezzamento all’interprete. [...] Vi sono casi tuttavia nei quali la norma non designa in modo puntuale la fattispecie, ma utilizza parole il cui significato, per la sua indeterminatezza, richiede un *intervento integrativo* del giudice, che viene chiamato a compiere una “valutazione del fatto” sulla base di criteri esterni rispetto al dato normativo. Questo fenomeno – contrapposto alla “vaghezza comune” delle norme – viene definito “vaghezza socialmente tipica (o da rinvio)”, volendosi con tale formula descrivere il fenomeno che si verifica quando il legislatore rinuncia a determinare direttamente i criteri di qualificazione dei fatti contenuti nella protasi normativa, facendo a tal fine rinvio (implicito e esplicito) a parametri variabili nel tempo e nello spazio, desumibili da regole morali, sociali e del costume.» (cfr. LOMBARDO L., *Il sindacato di legittimità della Corte di Cassazione*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 42-44). Secondo BOVE, ogni



ineliminabile incertezza applicativa dalla quale discende un certo spazio di valutazione per il giudice (es. buona fede, giusta causa, buon costume, concorrenza sleale, non scarsa importanza dell'inadempimento, etc.). Il giudice è quindi tenuto, dinnanzi a tali norme, a formulare un «giudizio di valore, una valutazione assiologica, avente ad oggetto le caratteristiche empiriche della fattispecie concreta»<sup>393</sup>, la quale non può però considerarsi del tutto discrezionale. Il giudice è infatti tenuto a colmare il frastico della norma attenendosi a due criteri direttivi: l'uno di stampo giuridico, rappresentato dai principi generali dell'ordinamento; l'altro di stampo extragiuridico, costituito da *standards* valutativi socialmente adottati, ossia «tipi o parametri sociali di condotta opinioni o aspettative cui rinviano le clausole generali, espressione dei sottostanti valori esistenti nella società [...] che il giudice deve poi tradurre, con un proprio giudizio valutativo, in una norma di decisione»<sup>394</sup>.

La sindacabilità o meno in Cassazione circa la corretta applicazione di tali norme da parte del giudice di merito, non è chiara<sup>395</sup>. In giurisprudenza si sono infatti registrati

---

concetto giuridico, da un punto di vista esclusivamente logico, porta seco un'area di indeterminatezza con la differenza che, rispetto a concetti giuridici determinati (quantomeno in via di interpretazione), in quelli c.d. indeterminati «la zona grigia del concetto è inusualmente grande e diffusa e il nucleo del concetto in confronto ad essa è eccezionalmente piccolo» (cfr. BOVE M., *Il sindacato della Corte di cassazione*, cit., p. 19, citando JESCH, *ivi*, nota 34). Occorre quindi porsi su di un piano pratico, ove «la differenza diventa qualitativa ed è possibile individuare, anche se non con certezza matematica, una serie di concetti qualificabili come determinati e una serie di concetti qualificabili invece come indeterminati. [...] E allora, ponendoci in questa prospettiva pratica, possiamo anche dire che i concetti determinati rappresentano la struttura portante dell'ordinamento giuridico, per cui, in altri termini, “può essere intesa come struttura portante dell'ordinamento solo l'esistenza di concetti in conclusione definiti dal diritto o da un'istanza extragiuridica e quindi aventi confini certi”. Al contrario, i concetti indeterminati garantiscono la flessibilità dell'ordinamento giuridico, ossia la sua adeguabilità alle multiformi e complesse materie da esso disciplinate, sia nel senso dell'adattabilità alle circostanze del caso concreto da decidere di volta in volta, sia nel senso del mantenimento di un'attualità dell'ordinamento nonostante il passare del tempo» (cfr. *ivi*, p. 20).

<sup>393</sup> Cfr. LOMBARDO L., *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 46.

<sup>394</sup> *Ivi*, p. 47.

<sup>395</sup> Le opinioni registrate in letteratura sono vastissime. Per una approfondita analisi delle singole posizioni v. FABIANI E., *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, cit., spec. pp. 116 e ss., che in particolare distingue, sulla scorta di quanto già rilevato da BOVE, *Il sindacato della Corte di Cassazione*, cit., spec. pp. 30 e ss., quattro filoni dottrinali che rispettivamente si risolvono in teorie: a) tradizionali, che richiamano il distinguo logico-giuridico fra giudizio di fatto e giudizio di diritto (tra i cui esponenti si annoverano CALAMANDREI e SATTA) e che ritengono sempre sindacabile il giudizio sussuntivo in quanto giudizio di diritto; b) c.d. teleologiche, che negano la distinzione tra *quaestio iuris* e *quaestio facti* nel momento applicativo del diritto e per cui il sindacato è possibile solo nella misura in cui la pronuncia della S.C. sia finalizzata ad affermazioni di principio utili per i casi futuri o il caso sottoposto al vaglio di legittimità abbia caratteri tipici, suscettibili di ripetersi (con posizioni parzialmente diverse si v. le dottrine tedesche di SCHWINGE e KUCHINKE, in Italia riprese da BOVE e LUISO); c) c.d. strutturale o “del rendimento”, proposta in particolare da PETERS, secondo cui occorre dare fiducia alle istanze di merito che sono più vicine, per struttura processuale, ai fatti di causa con la conseguenza che, qualora si permettesse alla Corte un sindacato sull'applicazione dei concetti giuridici indeterminati, quale giudizio di sussunzione, si finirebbe per mettere al posto di una decisione opinabile una decisione altrettanto opinabile con la differenza che quella costuiisce senz'altro una attività peggiore di questa perché maggiormente distante da una trattazione informata al

atteggiamenti altalenanti tra chi, seguendo la tradizionale distinzione da *quaestio iuris* e *quaestio facti*<sup>396</sup>, ritiene insindacabile il giudizio sussuntivo sotto norme c.d. elastiche o clausole generali ai sensi del n. 3 dell'art. 360, co. 1 c.p.c., sul rilievo secondo il quale la valutazione dei fatti alla luce del criterio assiologico contenuto in dette norme costituisca un "accertamento in fatto" che può essere oggetto di scrutinio in sede di legittimità solo ove il giudice di merito sia incorso in vizio di motivazione<sup>397</sup>; e chi, invece, ritiene che tale sindacato sia legittimamente esercitabile in quanto «la valutazione circa la corrispondenza dei fatti giudizialmente accertati alla fattispecie normativa delineata da una norma elastica costituisce, non un accertamento in fatto, ma un giudizio di diritto, come tale suscettibile di essere sindacato in via diretta in sede di legittimità ai sensi dell'art. 360, n. 3 cod. proc. civ., *sub specie* di falsa applicazione di una norma di legge»<sup>398</sup>.

Rispetto a tali arresti, la giurisprudenza più recente sembra porsi in una via intermedia affermando, in particolare con riferimento all'art. 2119 c.c., che l'attività di integrazione del precetto normativo compiuta dal giudice di merito ai fini della individuazione della giusta causa di licenziamento, «non può essere censurata in sede di legittimità allorquando detta applicazione rappresenti la risultante logica e motivata della specificità dei fatti accertati e valutati nel loro globale contesto, mentre rimane praticabile il sindacato di legittimità *ex* art. 360, n. 3, c.p.c. nei casi in cui gli "standards" valutativi, sulla cui base è stata definita la controversia, finiscano per collidere con i principi costituzionali, con quelli

---

principio di immediatezza e pura oralità; d) teorie intermedie, che combinano la teoria tradizionale con il correttivo teleologico, con quello strutturale ovvero con entrambi (rispettivamente sostenute da GRUNSKY, WARDA e HENKE).

<sup>396</sup> In dottrina, diversamente dalla giurisprudenza tradizionale, chi ritiene valida la distinzione tra *quaestio iuris* e *quaestio facti* nella premessa minore del sillogismo finale perviene alla opposta soluzione per cui sia sindacabile, sotto il vizio di violazione di legge, l'erronea sussunzione sotto una norma elastica. Dalla considerazione del "giudizio di fatto", quale ancorato alla mera ricostruzione probatoria dei fatti empirici, come distaccato dal successivo "giudizio di diritto", quale giudizio sussuntivo di qualificazione giuridica, si perverrebbe infatti all'assunto per cui «anche le norme elastiche, per poter essere applicate, presuppongono l'esistenza di fatti materiali, che devono essere individuati e provati prima del giudizio sussuntivo, come condizione per l'applicazione della norma. Perciò, anche quando si tratta di dare applicazione alle norme elastiche, il giudizio di fatto precede e rimane distinto da quello sussuntivo; la sussunzione segue il giudizio di fatto e si distingue da esso, facendo parte del "giudizio di diritto" e rimanendo così soggetta, al pari di ogni altro giudizio applicativo di norma di legge, al controllo di legittimità ai sensi dell'art. 360 n. 3 cod. proc. civ.» (cfr. LOMBARDO, *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 49).

<sup>397</sup> A titolo esemplificativo, v. Cass. 3/01/2011, n. 35 in *CED* rv. 615938-01; Cass. 8/09/2006, n. 19270 in *CED* rv. 592362-01; Cass. 15/05/2004, n. 9299 in *CED* rv. 572902-01; Cass. 27/02/2004, n. 4061 in *CED* rv. 570661-01; Cass. 28/08/2003, n. 12634 in *CED* rv. 566354-01; Cass. 08/08/2003, n. 12001 in *CED* rv. 565823-01; Cass. 04/06/2002, n. 8107 in *CED* rv. 554883-01.

<sup>398</sup> Con queste parole, LOMBARDO L., *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 51, sintetizzando il filone giurisprudenziale che prese avvio da due pronunce della sezione lavoro della S.C., ed in particolare Cass. 18/01/1999, n. 434 in *CED* rv. 522376-01, e Cass. 22/10/1998, n. 10514 in *CED* rv. 519996-01, poi avallato dalle SS.UU. con sent. 22/02/2012, n. 2572 in *CED* rv. 621247-01.

generali dell'ordinamento, con precise norme suscettibili di applicazione in via estensiva o analogica, o si pongano in contrasto con regole che si configurano, per la costante e pacifica applicazione giurisprudenziale e per il carattere di generalità assunta, come diritto vivente»<sup>399</sup>.

Come puntualmente rilevato da una parte della dottrina, la giurisprudenza da ultimo citata ha il pregio di superare la contraddizione insita in quelle pronunce della S.C. che, nel considerare i parametri integrativi delle clausole generali o dei concetti giuridici indeterminati come aventi natura giuridica (con la logica conseguenza per cui la loro erronea individuazione sarebbe potuta essere sindacata in Cassazione come violazione di legge), non hanno tenuto conto del fatto che tali criteri assiologici (o regole di esperienza, o “standards” valutativi) appartengano, per definizione, al mondo naturalistico, rappresentando nozioni agiuridiche. È evidente, sostiene LOMBARDO, «che le regole giuridiche da un lato e i criteri assiologici dall'altro appartengono a due “ordinamenti” distinti e separati e che è proprio questa separazione dei due ordinamenti la ragion d'essere del rinvio fatto dalla norma elastica alle regole di esperienza. Il legislatore, infatti, si serve

---

<sup>399</sup> Cfr. Cass., L., 23/03/2018, n. 7305 così massimata in *CED* rv. 647544, che al contempo segue e supera l'indirizzo di Cass. L., 23/09/2016, n. 18715 in *CED* rv. 641229, annotata a cura di MUGNECO J., *La giusta causa di licenziamento tra tecnica del precedente e certezza del diritto*, in *Riv. ita. del lav.*, 2/2017, pp. 268 e ss., che in motivazione afferma: «non si sottrae al controllo di questa Corte il profilo della correttezza del metodo seguito nell'individuazione dei parametri integrativi, perché, pur essendo necessario compiere opzioni di valore su regole o criteri etici o di costume o propri di discipline e/o di ambiti extragiuridici, tali regole sono tuttavia recepite dalle norme giuridiche che, utilizzando concetti indeterminati, fanno appunto ad esse riferimento, traducendosi in un'attività di interpretazione giuridica e non meramente fattuale», rilevando al contempo come «l'attività di integrazione del precetto normativo [...] compiuta dal giudice di merito è sindacabile in cassazione a condizione, però, che la contestazione del giudizio valutativo operato in sede di merito non si limiti ad una censura generica e meramente contrappositiva, ma contenga, invece, una specifica denuncia di non coerenza del predetto giudizio rispetto agli “standards”, conformi ai valori dell'ordinamento, esistenti nella realtà sociale» (in motivazione, pp. 4-5). Il controllo di legittimità, secondo tale arresto, non si esaurisce quindi in una «verifica dell'attività ermeneutica diretta a ricostruire la portata precettiva di una norma, ma il vizio di cui al n. 3 dell'art. 360, co. 1, c.p.c. comprende anche l'errore di sussunzione del fatto nell'ipotesi normativa. [...] Il vizio di sussunzione è ipotizzabile naturalmente anche nel caso di norme che contengano clausole generali o concetti giuridici indeterminati ma, per consentirne lo scrutinio in sede di legittimità, è indispensabile, così come in ogni altro caso di dedotta falsa applicazione di legge, che si parta dalla ricostruzione della fattispecie concreta così come effettuata dai giudici di merito; altrimenti si trasmoderebbe nella revisione dell'accertamento di fatto di competenza di detti giudici». Il giudice di merito è quindi tenuto a valutare, da un lato, la gravità dei fatti addebitati al lavoratore e, dall'altro, la proporzionalità tra questi e la sanzione inflitta, in modo tale da stabilire se la lesione dell'elemento fiduciario su cui si basa la collaborazione di lavoro sia in concreto tale da giustificare o meno la massima sanzione disciplinare. «L'accertamento in ordine alla ricostruzione di detti fatti e del come si siano realizzati nella vicenda storica che origina la controversia compete ai giudici di merito. Ad essi spetta anche la valutazione di tali fatti al fine di esprimere un giudizio complessivo dei medesimi che spieghi le ragioni per cui da essi si sia tratto il convincimento circa la sussistenza o meno della giusta causa di licenziamento. Trattandosi di giudizio di fatto questa Corte può sottoporli a sindacato nei limiti consentiti [...] da una prospettazione del vizio di cui all'art. 360, co. 1, n. 5, c.p.c. nella formulazione tempo per tempo vigente» (*ivi*, p. 6).

di tale rinvio quando intende mitigare la rigidità della norma giuridica con la flessibilità delle regole sociali, subordinando l'applicazione della norma ad una valutazione assiologica dei fatti compiuta dal giudice sulla base dei criteri sempre in evoluzione del costume e della morale collettiva». In questo senso si può pervenire ad una duplice considerazione per cui, da un lato, è impensabile «che i criteri assiologici necessari per l'applicazione delle norme elastiche possano assumere carattere giuridico senza tradire la natura delle norme elastiche e la stessa ragion d'essere del rinvio»; e, dall'altro, «è agevole comprendere come la valutazione assiologica del fatto che – ai fini dell'interpretazione della norma elastica – il giudice è chiamato a compiere sulla base di criteri estranei al mondo del diritto, è per sua natura sottratta – in via di principio – al sindacato della Corte di cassazione»<sup>400</sup>.

Ciò che, quindi, sembrerebbe ad oggi essere oggetto di sindacato di legittimità è la scelta da parte del giudice di uno “standard” valutativo che contrasti con i principi generali dell'ordinamento ovvero con il complesso normativo cui la clausola generale inerisce o, ancora, che si risolva in una valutazione del tutto soggettiva del giudice di merito del tutto scollegata rispetto ai parametri oggettivi corrispondenti al *sensus communis*.

Delineato in questi termini lo stato dell'arte, occorre a nostro avviso chiedersi fino a che punto un simile sindacato possa realisticamente discernersi da valutazioni *in facto*. Anche volendo considerare che ciò che viene sottoposto al vaglio di legittimità non è l'accertamento dei fatti ritenuti *rilevanti* (per gravità o per proporzionalità) rispetto alla apodosi normativa, ma un giudizio di *conformità* degli *standards* valutativi adoperati dal giudice di merito ai principi generali dell'ordinamento o, che pur si voglia, a criteri oggettivi della comune esperienza, si tratterebbe pur sempre di una *valutazione* indiretta sul fatto, sulla condotta in concreto tenuta ed oggetto di contestazione. Si pensi, ad esempio, al caso di un dipendente di un istituto bancario trovato in possesso di cannabinoidi, e per tale ragione destituito dal servizio per il venire meno del rapporto fiduciario sotteso alla collaborazione di lavoro. A prescindere dal fatto storico accertato (possesso di droga) potrebbero sussistere altre circostanze, sempre di fatto, che fondano il giudizio di valore cui è tenuto a compiere il giudice: così, ad esempio, inciderebbe la circostanza che la detenzione sia finalizzata allo spaccio, o sia ad uso personale, o ad uso

---

<sup>400</sup> Cfr. LOMBARDO L., *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 117 il quale individua, al contempo, tre ordini di limiti alla elasticità della norma contenente clausole generali per i quali sarebbe ammesso il ricorso per cassazione per falsa applicazione di legge, sul punto v. spec. pp. 118 e ss.

terapeutico; o, ancora, che il dipendente in questione sia addetto a servizi di trasporto, al maneggio di valori, a servizi di sportello ovvero alla mera archiviazione documentale; le circostanze di luogo e tempo in cui il fatto è avvenuto e via dicendo. Ognuna di queste circostanze ha, a nostro avviso, un peso specifico nel giudizio di valore cui è tenuto il giudice di merito ed è improbabile che la Suprema corte possa sindacare la decisione senza, al contempo, far trasparire una diversa valutazione, intesa nel senso di maggiore o minore valorizzazione, di tali circostanze<sup>401</sup>.

Sotto un profilo meramente pratico, che guarda al concreto operare della Corte di cassazione e non a sterili affermazioni di principio, non si può che condividere l'opinione di PETERS nel ritenere che, così facendo, la S.C. «finirebbe solo per mettere al posto di una decisione opinabile la sua decisione altrettanto opinabile»<sup>402</sup>.

### 1.3.3. (segue) c) *Il controllo sulla motivazione*

Tra i meccanismi che consentirebbero all'organo di legittimità di scivolare nel terreno del fatto, il controllo sulla motivazione del provvedimento impugnato rappresenta senza alcun dubbio il più discusso e criticato.

Frutto di «incessante e ripetitivo moto di corsi e ricorsi storici»<sup>403</sup>, l'idea che attraverso il vizio di motivazione la Suprema corte manifesti «una fortissima tendenza a esorbitare dai limiti che il legislatore le ha imposti, e a addentrarsi nel riesame del merito delle controversie»<sup>404</sup> è sopravvissuta nel corso dell'ultimo secolo, ed è arrivata sino a noi

---

<sup>401</sup> Si v., a titolo esemplificativo, Cass. 26/04/2012, n. 6498 in *CED* rv. 622158-01. La Corte territoriale, nel dichiarare illegittimo per difetto di proporzionalità il licenziamento di un impiegato di banca trovato in possesso di sostanze stupefacenti, aveva evidenziato trattarsi di droghe "leggere", detenute per uso personale, e non a fini di spaccio, in circostanze di tempo e luogo compatibili con l'ipotesi del consumo non abituale; la S.C., ritenendo tale motivazione inadeguata rispetto alla clausola generale di cui all'art. 2119 cod. civ., ha cassato la sentenza, arrivando a sostenere che «le considerazioni del giudice di secondo grado, in ordine agli effetti complessivi delle sostanze stupefacenti in questione, anche in relazione agli effetti delle sostanze alcoliche, alle condizioni di tempo e luogo, ai riflessi sociali, poste come presupposto della valutazione sulla gravità della condotta del lavoratore, nel giudizio di proporzionalità, sono *assertive, non fondate su prove* [...]», quasi ad intendere che l'apprezzamento dei fatti posti a fondamento della decisione debba essere *provato* dal giudice di merito.

<sup>402</sup> Cfr. PETERS, *Tat-, Rechts- und Ermessensfragen in der Revisionsinstanz*, in *ZstW*, 1938, pp. 71-73 citato in BOVE M., *Il sindacato della Corte di cassazione*, cit., p. 49.

<sup>403</sup> Cfr. BOVE M., *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di cassazione: riflessioni sul "nuovo" art. 360, n. 5 c.p.c.*, in *Giust. proc. civ.*, 3/2012, pp. 677 ss., spec. p. 679, ove invero il riferimento si calava nel più ampio discorso della sentita necessità, anzitutto del Legislatore ma non solo, di operare una riduzione del sindacato della Corte di cassazione in ordine alla *quaestio facti*, ma che ben si presta ad aggettivare, quanto meno in un'ottica evocativa, il continuo rinsavire in dottrina della critica di stampo calamandreiano.

<sup>404</sup> Cfr. CALAMANDREI P., *La Cassazione civile. Vol. II. Disegno generale dell'istituto*, cit., §122, p. 375.

nonostante l'entrata in vigore del codice di procedura del 1940-1942<sup>405</sup> e le reiterate modifiche che da allora sono state apportate al testo dell'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c.

Quando CALAMANDREI scriveva quanto fosse «ormai noto [...] che molte volte i giudici di Cassazione, messi dinanzi a una decisione di merito che sia corretta nella risoluzione della questione di diritto, ma che appare evidentemente ingiusta nella risoluzione del fatto, usano annullare per vizio di motivazione quella sentenza che non hanno il potere di disapprovare o di riformare come ingiusta»<sup>406</sup>, faceva infatti riferimento ad una prassi giurisprudenziale sorta sotto il vigore del vecchio codice del 1865 il quale non prevedeva, come si è già avuto modo di vedere<sup>407</sup>, uno specifico motivo di ricorso che consentisse di sindacare direttamente la motivazione del provvedimento impugnato. Nonostante le asserzioni di principio, che vedevano di facciata affermata l'assoluta insindacabilità in Cassazione dell'apprezzamento *in facto* già effettuato dal giudice di merito<sup>408</sup>, la Suprema corte aveva iniziato ad elaborare il c.d. “vizio logico” della motivazione attraverso il quale si profilava la via per accedere ad un sindacato indiretto sulla *quaestio facti*.

Il ragionamento seguito dagli ermellini era fondamentalmente semplice: l'art. 517, co.1, n. 2 c.p.c. 1865 prevedeva la ricorribilità per cassazione della sentenza nulla<sup>409</sup> e nulla era la sentenza qualora fosse priva, nel senso di “omissione”, dei “motivi in fatto e in diritto”. L'omissione non poteva considerarsi però solo quella materiale ma doveva ritenersi priva di motivazione anche la sentenza il cui ragionamento decisorio fosse privo di quella logicità intrinseca che ne fondasse la razionale giustificazione. Così facendo, rileva lo stesso CALAMANDREI, «la pratica è giunta senza accorgersene a trasformare l'*error in procedendo* in un *error in iudicando*, che si sostituisce al motivo di cassazione contenuto nell'art. 517, n. 3 [violazione o falsa applicazione della legge] e sostanzialmente lo annulla; poiché sembra ormai superfluo che la legge in quell'articolo abbia stabilito che la Corte di

---

<sup>405</sup> Il riferimento è al r.d. 28/10/1940, n. 1443, entrato in vigore il 21/04/1942 ed attualmente vigente.

<sup>406</sup> Cfr. CALAMANDREI P., *op. ult. cit.*, §121, p. 373.

<sup>407</sup> v. *retro*, Cap. II, *infra* § 2.2.

<sup>408</sup> Sul punto si invita a ragionare sulla circostanza che tale affermazione potesse essere uno strascico formalistico derivante dalla esplicita previsione di divieto di accesso al merito che, se presente nel codice preunitario del 1859 (art. 591, co. 1 c.p.c. 1859, v. *retro*, nota 193), era ormai venuto a mancare con la disciplina italiana del 1865, v. *retro*, Cap. II, § 2.2.

<sup>409</sup> Art. 517, co. 1, n. 2: “La sentenza pronunciata in grado d'appello può essere impugnata col ricorso per cassazione: [...] 2) Se sia nulla a norma dell'art. 361”; Art. 361, co. 1, n. 2: “La sentenza è nulla: [...] 2) Se siasi ommesso alcuno dei requisiti indicati a numeri 4, 6, 7, 8 e 9 dell'art. 360, salvo quanto è stabilito nell'articolo 473. I motivi si reputano ommessi quando la sentenza siasi puramente riferita a quelli di un'altra sentenza”; Art. 360, co. 1, n. 6: “La sentenza deve contenere: [...] 6) I motivi in fatto e in diritto”, in *Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, rispettivamente pp. 153, 109 e 108, consultabile online alla pagina web: <http://books.google.it/books?id=voKAAAAYAAJ&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>

cassazione può riesaminare la decisione di merito solo in quanto tenda a rintracciare in essa un errore di diritto, quando poi, sotto pretesto di “difetto di motivazione”, la Corte può spingersi a riesaminare ogni errore di ragionamento in cui il giudice sia incorso così nella risoluzione della questione di diritto, *come nella risoluzione della questione di fatto*, per cassare tutte le volte in cui tra la motivazione e il dispositivo non si manifesti un rigoroso nesso di causalità, o tra i diversi motivi si manifesti un’apparenza di contraddizione»<sup>410</sup>. Il discorso non pare dissimile dal rilievo, posto diversi lustri a seguire ed in un altro campo del diritto processuale, da FERRUA nella considerazione per cui «non è tanto il giudice di legittimità a convertirsi in giudice del fatto; è piuttosto il fatto a convertirsi in diritto attraverso i criteri legali di valutazione e ad offrirsi, come tale, al sindacato di legittimità»<sup>411</sup>. Sul punto ritorneremo, per il momento basti considerare che, come sottolineato da BOVE, la Suprema corte, con l’elaborazione del c.d. vizio logico o insufficienza della motivazione, si aprì «così la via ad un sindacato [indiretto] della *quaestio facti* che andava oltre la formale mancanza della motivazione e cominciò ad elaborare una serie di regole di metodo sul giudizio di fatto, del cui rispetto essa chiedeva conto ai giudici di merito»<sup>412</sup>.

La sindacabilità circa la corretta applicazione delle regole di metodo sul giudizio di fatto rappresenta infatti il fulcro nodale del problema e questo, lo appureremo a breve, a prescindere dall’attualità del codice di riferimento o le diverse formulazioni dell’art. 360, co. 1, n. 5 c.p.c. che nel tempo si sono susseguite.

A nulla rileva, infatti, che sia espressamente previsto un sindacato diretto sulla motivazione omessa, insufficiente o contraddittoria ovvero sia censurabile l’omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti o, ancora, che effettivamente esista un n. 5 all’art. 360, se si considerano le regole metodologiche sul giudizio di fatto come norme di diritto, sindacabili ai sensi del n. 3 per violazione o falsa applicazione di legge, ovvero si considerano tali regole dei parametri di logicità del ragionamento decisorio tali da comportare la nullità della sentenza *ex* artt. 132 e 156 c.p.c.

---

<sup>410</sup> Cfr. CALAMANDREI P., *op. ult. cit.*, § 121, pp. 372-373.

<sup>411</sup> Nell’ambito di un più generale discorso sull’effettiva portata della modifica, ad opera della L. 20/02/2006, n. 46 (c.d. Legge Pecorella), al disposto dell’art. 606, co. 1, lett. e) c.p.p. nella previsione per cui il vizio di motivazione possa ora desumersi non solo dal testo del provvedimento impugnato ma anche dal raffronto con gli “altri atti del processo” e la sempre maggiore implementazione dei criteri legali di valutazione, quali l’art. 192 c.p.p. e la regola di giudizio de “al di là di ogni ragionevole dubbio”, cfr. FERRUA P., *Il “giusto processo”*, Zanichelli, Bologna, 2012, p. 251.

<sup>412</sup> Cfr. BOVE M., *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di cassazione*, cit., p. 680, v. *ivi*, spec. nota 8.

e quindi la sua ricorribilità ai sensi del n. 4 dell'art. 360. A nulla rileva, in sostanza, chiudere una porta se poi rimane aperta la finestra o, peggio, un portone.

Ma procediamo per gradi, e nei limiti del presente studio che, si ricorda, non guarda al *come* ma al *perché* la Corte di cassazione tenda a conoscere del merito degli affari dinanzi a lei recati, con la logica conseguenza di non poter dare compiuto adito in questa sede alle diverse posizioni ed argomentazioni proposte dalla più che illustre dottrina che si è occupata del tema e che qui si richiama solo sommariamente, dandone per acquisiti i risultati.

La prassi del c.d. vizio logico sopravvisse all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura civile del 1940-1942 che enucleò, tra i motivi legittimanti il ricorso elencati all'art. 360, la ricorribilità per cassazione avverso la decisione che avesse omesso l'esame di un fatto decisivo per il giudizio che fosse stato oggetto di discussione tra le parti<sup>413</sup>. La norma, inserita con lo specifico intento di arginare i ricorsi tesi a ribaltare l'esito del giudizio di merito<sup>414</sup>, non mutò infatti la prassi giurisprudenziale formatasi sotto il vigore del codice del 1865 «mantenendosi in vita il vecchio sindacato indiretto della questione di fatto attraverso la via del n. 4 dell'art. 360 c.p.c., collegato agli articoli 132 e 156 c.p.c.»<sup>415</sup> e, comunque, ebbe vita assai breve in quanto venne presto sostituita dalla più ampia formulazione che prevedeva ora il ricorso per “omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile d'ufficio”<sup>416</sup>.

---

<sup>413</sup> Nella sua originaria formulazione, in vigore dal 21/04/1942 al 3/06/1948, l'art. 360, co. 1 n. 5 recitava: “*Le sentenze definitive pronunciate in grado di appello o in unico grado, escluse quelle del conciliatore, possono essere impugnate con ricorso per cassazione: [...] 5) per omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti*”.

<sup>414</sup> «Durante i lavori preparatori», così recitava la relazione ministeriale al Re, «si era manifestata un'autorevole tendenza a eliminare del tutto dal giudizio di cassazione quel motivo di difetto di motivazione, al quale la pratica giudiziaria aveva dato, com'è noto, una estensione così esorbitante e così lontana dalle sue origini testuali. Ma piuttosto che sopprimerlo, si è preferito conservarlo ristretto e precisato nella nuova formula, che lo ammette non nella quasi illimitata ampiezza alla quale la pratica era arrivata nell'adattamento delle norme del codice del 1865, ma nei limiti previsti di un omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio del quale le parti avevano discusso», cfr. Relazione al Re del ministro grandi, in *Ministero di Grazia e Giustizia, Codice di procedura civile*, Roma, 1940, p. 26, citata da BOVE M., *op. ult. cit.*, p. 681, nota 11.

<sup>415</sup> Cfr. BOVE M., *Ancora sul controllo della motivazione in Cassazione*, in *Giust. proc. civ.*, cit., p. 435. Per una rassegna giurisprudenziale delle pronunce intervenute nel breve periodo di vigenza dell'originaria formulazione dell'art. 360, co. 1, n. 5, v. ID., *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di cassazione*, cit., p. 682.

<sup>416</sup> Questa la nuova formulazione del n. 5 dell'art. 360, co. 1, c.p.c., come modificata dall'art. 30 del d.lgs 5/05/1948, n. 483, e confermata dalla legge di ratifica 14/07/1950, n. 581 (art. 42, co. 1).



Il vizio di motivazione veniva così esplicitamente e positivamente riconosciuto dall'ordinamento, non fermandosi alla omessa motivazione quale mancanza di un requisito formale della sentenza, ma recependo in sostanza quella prassi giurisprudenziale che si era formata (ancora una volta) nel concreto operare della Corte con il c.d. vizio logico, estendendo il sindacato sulla motivazione anche alla sua "contraddittorietà" ed "insufficienza". Fu proprio quest'ultimo aspetto, l'*insufficienza*, a costituire quello che LOMBARDO definisce come il *punctum dolens* della formula legislativa in quanto, non arrestandosi «al profilo logico-formale del discorso motivazionale, ma [attenendo] alla c.d. "giustificazione esterna", ossia al *contenuto* della giustificazione, e, quindi, alla ragionevolezza e condivisibilità dei criteri seguiti dal giudice per fondare la sua decisione»<sup>417</sup>, ha condotto la Suprema corte ad «esercitare il proprio sindacato sul piano della *persuasività* della motivazione, della sua condivisibilità dal punto di vista opinativo e assiologico, con riferimento ai concreti fatti da giudicare; e ha finito per travalicare il sindacato sugli "errori di metodo" e per controllare il merito della decisione *in facto*»<sup>418</sup>.

La fortunata formula resistette senza significative modifiche<sup>419</sup> per diversi decenni sino alla modifica da ultimo introdotta con d.l. 22/06/2012, n. 83 che ha previsto un sostanziale ritorno al passato prevedendo la ricorribilità per cassazione della decisione in cui siasi «omesso [l']esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti»<sup>420</sup>.

---

<sup>417</sup> Cfr. LOMBARDO L., *Il sindacato di legittimità della Corte di cassazione*, cit., p. 154, il quale rileva come, ad interpretare estensivamente il concetto di "insufficienza" della motivazione non sia stata solo la dottrina, secondo la quale ricorreva il vizio «ogni volta che gli argomenti adottati dal giudice di merito fossero in grado di giustificare in modo convincente la sua decisione e di escludere, con un grado di probabilità elevato, la soluzione contraria», ma la stessa giurisprudenza di legittimità che, «al di là delle affermazioni di principio, ha interpretato in termini molto estesi il proprio sindacato sul giudizio di fatto e ha adottato una nozione di "insufficienza" motivazionale – definita come "una obiettiva deficienza del criterio logico che ha condotto il giudice del merito alla formazione del proprio convincimento" – talmente generica e vaga da rendere possibile, nei singoli casi, il riesame del merito della decisione. Questo e non altro è avvenuto tutte le volte in cui la Corte suprema ha ritenuto l'elemento empirico o il criterio valutativo indicati nella motivazione troppo generici o imprecisi per giustificare la conclusione o tutte le volte in cui ha sindacato la valenza dei criteri che il giudice ha posto alla base delle c.d. presunzioni semplici; oppure quando si è lasciata andare a quello che è stato definito "eccesso di motivazione", ossia a quel fenomeno che si verifica quando la Corte, dichiarando insindacabile il giudizio di fatto censurato, integra però la motivazione *in facto* del giudice di merito, esplicitando – talvolta anche in maniera estesa – i motivi per i quali il ricorso dovrebbe comunque ritenersi infondato oppure diffondendosi a sottolineare la correttezza della sentenza impugnata» (*ivi*, pp. 156-157).

<sup>418</sup> *Ivi*, p. 157, ove si rimanda per ulteriori approfondimenti bibliografici.

<sup>419</sup> La formulazione vide una leggera modifica, più nella forma che nella sostanza, ad opera della d.lgs 2/02/2006, n. 40 il cui art. 2 dispose la sostituzione della precedente formulazione con la seguente: "5) *Per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio*".

<sup>420</sup> Questa la formulazione, in vigore dal 12/08/2012, introdotta dall'art. 54, co. 1, lett. b) del d.l. 22/06/2012, n. 83 conv. con mod. dalla l. 7/08/2012, n. 134.

Anche in questo caso, la riformulazione si vedeva mirata «a evitare l'abuso dei ricorsi per cassazione basati sul vizio di motivazione non strettamente necessitati dai precetti costituzionali, supportando la generale funzione nomofilattica propria della Suprema Corte di cassazione quale giudice dello *ius constitutionis* e non, se non nei limiti della violazione di legge, dello *ius litigatoris*»<sup>421</sup>.

Occorre a questo punto chiedersi, è sufficiente modificare il disposto dell'art. 360, co. 1, n. 5 ad evitare che la Cassazione si addentri in valutazioni *in facto* e si discosti dal perseguimento della giustizia nel caso concreto?

A nostra opinione la risposta non può che essere negativa. Del resto la storia, non solo italiana<sup>422</sup>, ha dimostrato che una via, che sia essa diretta, indiretta o surrettizia, la pratica giudiziaria riesce sempre a trovarla per garantire quella che può essere definita una risposta di giustizia sostanziale. Non a caso, infatti, la prassi del c.d. vizio logico nacque, si è detto, sotto il vigore di un codice che non prevedeva nessuna disposizione che espressamente permettesse di attaccare la motivazione della sentenza.

In ogni caso, diverse sono le voci<sup>423</sup> secondo le quali – a prescindere dalla formulazione e dall'esistenza stessa di un n. 5 all'art. 360 c.p.c. – la motivazione della sentenza non

---

<sup>421</sup> Cfr. Relazione illustrativa alla riforma, p. 53. Il documento è consultabile online alla pagina web: <http://leg16.camera.it/dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0060880.pdf>. Per i commenti alla riforma del n. 5 dell'art. 360, co. 1 c.p.c. si rimanda, tra gli altri, a DIDONE A., *Ancora sul vizio di motivazione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5 c.p.c. e sul tassello mancante del modello di Toulmin*, in *Giust. proc. civ.*, 2/2013, pp. 631 e ss.; CONSOLO C., *Nuovi ed insindacabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di "svaporamento"*, in *Corr. giur.*, 10/2012, pp. 1133 e ss.; BOVE M., *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di cassazione: riflessioni sul "nuovo" art. 350, n. 5, c.p.c.*, cit.; ID., *Ancora sul controllo della motivazione in cassazione*, cit.; RUSCIANO S., *Nomofilachia e ricorso in cassazione*, cit.; PICCININI L., *I motivi di ricorso in cassazione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2/2013, pp. 407 e ss.; CAPPONI B., *L'omesso esame del n. 5) dell'art. 360 c.p.c. Secondo la Corte di cassazione*, in *Judicium*, consultabile al link: <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/658/B.%20Capponi.pdf>.

<sup>422</sup> v., *retro*, per la disciplina francese, Cap. I, § 3.3. e § 5.2.; in Italia, v. Cap. II, § 2.1. e § 2.2.

<sup>423</sup> v., tra gli altri, BOVE M., *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di cassazione*, cit., spec. p. 688; CONSOLO C., *Nuovi ed insindacabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di "svaporamento"*, cit., il quale afferma che «a ben vedere, nonostante la finalità della riformulazione dell'art. 360, n. 5, la motivazione della decisione non è sottratta al controllo di coerenza, sufficienza e logicità»; DIDONE A., *Ancora sul vizio di motivazione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5 c.p.c. e sul tassello mancante del modello di Toulmin*, cit., p. 633 che rileva come «immaginando una totale abrogazione del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. e alla luce dell'art. 132 c.p.c., non può che rivivere la giurisprudenza delle Sezioni unite formatasi sulla deducibilità del difetto di motivazione nei casi in cui, prima della riforma del 2006, contro i provvedimenti giurisdizionali fosse consentito il ricorso per cassazione per violazione di legge. Giurisprudenza secondo la quale con il ricorso per cassazione di cui all'art. 111 cost. si potevano denunciare soltanto "violazioni di legge", con riferimento sia alla legge regolatrice del rapporto sostanziale controverso, sia alla legge regolatrice del processo e la "inosservanza del giudice civile all'obbligo di motivazione su questioni di fatto integra 'violazione di legge', e come tale è denunciabile con il detto ricorso, quando si traduca in mancanza della motivazione stessa (con conseguente nullità della pronuncia per difetto di un requisito di forma indispensabile), la quale si verifica nei casi di radicale carenza di essa, ovvero del suo estrinsecarsi in argomentazioni non idonee a rivelare la 'ratio decidendi' (cosiddetta motivazione apparente),

potrebbe comunque sfuggire al sindacato della Corte. La motivazione, sostiene LOMBARDO, è infatti «l'unico modo per conoscere il ragionamento seguito dal giudice nella ricostruzione del fatto [...] rimanendo altrimenti tale ragionamento inattuabile. Sotto tale profilo, risulta di nessun rilievo il fatto che la legge preveda espressamente (come l'abrogato testo del n. 5 dell'art. 360 cod. proc. civ.) o non preveda (come nella formulazione vigente) il controllo della Corte di cassazione sulla motivazione in fatto; in ogni caso il controllo della motivazione costituisce l'unica via, a disposizione della Corte per conoscere come il giudice di merito abbia ragionato nel ricostruire il fatto e per controllare che abbia osservato il metodo prescritto dalla legge»<sup>424</sup>, primo tra tutti, quello del “prudente apprezzamento” nella valutazione delle prove.

L'art. 116, co. 1 c.p.c., che prescrive al giudice di valutare le prove – ad eccezione di quelle legali – “secondo il suo prudente apprezzamento”, rappresenta infatti una norma metodologica sul giudizio di fatto che non può sottrarsi al sindacato di cassazione per sua stessa natura di norma giuridica. Ora, poco importa che la violazione delle regole di metodo sul giudizio di fatto si traduca in un *error in iudicando*<sup>425</sup> ovvero un *tertium genus*<sup>426</sup> rispetto alla classica dicotomia in cui sono stati dogmaticamente suddivisi i motivi

---

o fra di loro logicamente inconciliabili, o comunque perplesse od obiettivamente incomprensibili, e sempre che i relativi vizi emergano dal provvedimento in sé, restando esclusa la riconducibilità in detta previsione di una verifica sulla sufficienza e razionalità della motivazione medesima in raffronto con le risultanze probatorie» (ivi, pp. 633-634).

<sup>424</sup> Cfr. LOMBARDO L., *Il sindacato di legittimità della Corte di cassazione*, cit., p. 145.

<sup>425</sup> Questa la posizione di LOMBARDO che individua nell'art. 116 c.p.c. «non una norma di attività, che mira a disciplinare il compimento degli atti processuali, ma di una norma che detta ‘regole di giudizio’ destinate a guidare il giudice nel suo ragionare nella ricostruzione del fatto. Trattandosi di una norma giuridica ed essendo necessario controllarne l'osservanza, essa sottintende il dovere del giudice di motivare la sua decisione e di motivarla secondo il metodo di valutazione delle prove da esso previsto. L'art. 116 cod. proc. civ. guarda, dunque, non alla forma dell'atto-sentenza, ma al contenuto della motivazione. L'obbligo del giudice di motivare secondo il metodo prescritto dall'art. 116 cod. proc. civ. si risolve nel suo dovere di giustificare il giudizio di fatto secondo parametri di logicità e ragionevolezza, in modo da assicurare [...] il controllo interno (processuale) ed esterno (democratico) delle decisioni dei giudici. [...] Si può concludere, pertanto, che l'errore sul metodo del giudizio di fatto, quale errore di diritto determinato dalla violazione dell'art. 116 cod. proc. civ., non è solo un errore della motivazione, ma costituisce anche un vero e proprio *error in iudicando*. Si tratta, in particolare, di un errore di giudizio, che è di diritto (*error iuris*) in quanto consiste nella violazione del metodo prescritto dall'art. 116 cod. proc. civ. (o dall'art. 2729 cod. civ.), ma verte sulla *quaestio facti*: è perciò un *error iuris in iudicando in facto*» (Cfr. LOMBARDO L., *Il sindacato di legittimità della Corte di cassazione*, cit., pp. 159 e 163).

<sup>426</sup> Così secondo BOVE il quale individuando nelle regole metodologiche «la trama legale nel cui quadro deve muoversi il giudice ed avvalersi del suo spazio di valutazione» rileva come «esse non sono norme la cui violazione emerge come un errore di attività né norme la cui violazione emerge come errore di giudizio» (v. BOVE M., *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di cassazione*, cit., p. 687); ma ne discenderebbe un errore giuridico che l'a. denomina come “difetto di base legale” il quale «non è classificabile come un *error in procedendo*, perché esso non consiste in un vizio di attività, in quanto la norma metodologica che si assume essere stata violata opera *dopo* l'attività compiuta per acquisire il materiale istruttorio, servendo essa alla valutazione di questo materiale. Ma in quel difetto non è neanche riscontrabile un *error in iudicando*, perché

di ricorso per cassazione, ciò che preme sottolineare è che un margine di valutazione – secondo criteri di logicità, coerenza e razionalità – della motivazione, come *locus* obbligato di accesso al ragionamento del giudice in ordine alle fonti del proprio convincimento, è sindacabile in Cassazione attraverso la censura delle norme metodologiche sul giudizio di fatto.

Si condivide, quantomeno in teoria, l'opinione di chi ritiene che la S.C. «è chiamata solo a controllare se il giudice di merito abbia osservato le regole della logica e le regole d'esperienza, che costituiscono i limiti giuridici “strutturali” della sua discrezionalità e che garantiscono la ragionevolezza e la plausibilità del giudizio di fatto; non è chiamata, invece, a condividere o non condividere la ricostruzione dei fatti contenuta nella decisione impugnata, né è chiamata a procedere ad una rilettura degli elementi di fatto posti a fondamento della decisione, al fine di sovrapporre la propria valutazione delle prove a quella compiuta dai giudici di merito»<sup>427</sup>, ma non si può al contempo negare che, come osservato da CALOGERO, «il controllo della logicità di fatto si risolva in revisione totale di ogni giudizio di fatto» con la differenza che, diversamente dal giudice di merito, il riesame della S.C. «è condotto soltanto *ex actis*, sulla base della stessa sentenza censurata e, tutt'al più, degli altri atti del processo: e le sue possibilità visive sono di conseguenza limitate da questa stessa impostazione dello sguardo»<sup>428</sup>.

---

la norma metodologica che si assume essere stata violata non è la norma di giudizio, ossia quella da cui si trae il giudizio che fonda il dispositivo della sentenza: la norma sul metodo del giudizio di fatto opera *prima* del giudizio e serve a fissare la base fattuale a cui *poi* sarà applicata la norma di giudizio» (v. ID., *Ancora sul controllo della motivazione in Cassazione*, cit., pp. 450-451).

<sup>427</sup> Cfr. LOMBARDO L., *op. ult. cit.*, p. 141.

<sup>428</sup> Cfr. CALOGERO G., *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, cit., § 66, pp. 189-190. L'a., in commento ad una pronuncia della S.C., la n. 667 del 22/02/1933, ritiene evidente che in quel caso «il sindacato del giudizio di fatto, che la Cassazione compie di fronte alla sua logicità, non sia affatto il controllo di una pura struttura logica, di cui si possa accertare o negare la legittimità prescindendo dal suo contenuto, giacchè, come è ovvio, se la Suprema Corte non tenesse conto di tutti i concreti elementi che sostanziano quel giudizio, non potrebbe sindacare assolutamente nulla. Cosicchè, non solo può dirsi che essa, quando, accorgendosi del “vizio logico”, interviene nel giudizio di fatto, controlla poi tale giudizio non solo nella sua forma logica ma nel suo totale contenuto; ma si deve addirittura dire che, per potersi accorgere di tale riesame completo, perché senza di esso non potrebbe neppure aver luogo quel rilievo. La constatazione del vizio logico è dunque tanto poco una condizione per la legittimità del riesame in fatto, che ne è piuttosto un risultato: con la conseguenza che se la Cassazione deve sindacare i soli giudizi di fatto in cui c'è vizio logico, deve perciò sindacare tutti i giudizi di fatto, per vedere quali sono quelli in cui c'è il vizio logico!» (cfr. *ivi*, p. 188-189). Per una visione critica all'impostazione seguita da CALOGERO, v. BOVE M., *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di cassazione*, cit., p. 686, che contesta all'illustre a. di non aver compreso che «il concetto di insindacabilità della *quaestio facti* non implica una generica non rivedibilità di esso, bensì significa che il convincimento in fatto espresso dal giudice di merito non può essere rimesso in discussione dalla Corte di cassazione, non può essere valutato come ingiusto, allo stesso modo in cui essa può qualificare ingiusta la soluzione data alla *quaestio iuris*».

## 2. La Cassazione tra *jus constitutionis* e *jus litigatoris*

Dato sommariamente atto di quei casi di dubbio confine tra fatto e diritto che rappresentano occasione di possibile “sconfinamento” della cognizione della Corte di cassazione sulla *quaestio facti*, occorre ora riprendere il discorso sulle funzioni attribuite alla S.C. al fine di appurare se un tale concreto operare possa effettivamente tacciarsi come indebito oppure non rappresenti che un corollario del ruolo che il supremo consesso va effettivamente esercitando nell’ordinamento.

Come noto, e più volte ripetuto in queste pagine, alla Cassazione verrebbe assegnata una duplice funzione: l’una, c.d. “impugnatoria”, che dipende dalla collocazione della Suprema corte al vertice del sistema delle impugnazioni e che appare riconosciuta dall’art. 111, co. 7 cost. quale espressione dello *jus litigatoris*<sup>429</sup>; l’altra, c.d. “nomofilattica”, che vedrebbe invece l’agire dell’organo di legittimità finalizzato a garantire il rispetto dello *jus constitutionis* provvedendo ad assicurare, come indicato dall’art. 65 ord. giud., «l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge».

Ora, se i due interessi potessero pacificamente convivere – ricevendo, ciascuno nel suo, piena soddisfazione – ogni ulteriore discussione sarebbe superflua, ma la verità è che questi interessi, alla tutela dello *jus litigatoris* da un lato e a quella dello *jus constitutionis* dall’altro, sono tra loro in continua conflittualità<sup>430</sup>: per poter efficacemente svolgere la propria funzione nomofilattica, tutelando così lo *jus constitutionis*, la Corte dovrebbe infatti decidere solo delle questioni dalla cui risoluzione possa derivare un vantaggio per l’uniforme interpretazione ed applicazione della legge, sindacando, quindi, le sole violazioni *in iure* che il giudice di merito commette *in iudicando*. S’intende come, per poter operare efficacemente in tal senso, si dovrebbe limitare l’accesso in Cassazione, riducendo l’ormai elevatissimo numero di ricorsi per potersi concentrare solo sulle questioni la cui risoluzione possa soddisfare un interesse pubblico<sup>431</sup>. Specularmente, per

---

<sup>429</sup> v., *retro*, Cap. II, § 5.2.

<sup>430</sup> v., tra gli altri, SCARSELLI G., *La crisi della Cassazione civile e i possibili rimedi*, cit., p. 654, il quale rileva che «mentre una migliore nomofilachia presuppone una contrazione della domanda giudiziale, ovvero una riduzione del numero dei ricorsi, una migliore tutela di legalità presuppone invece una maggiore offerta di giustizia, e quindi una riorganizzazione dell’apparato».

<sup>431</sup> È logico supporre che l’eccessivo carico di lavoro cui è soggetta la Corte ne impedisca una effettiva funzione nomofilattica: maggiori sono i ricorsi, maggiore è la possibilità di incongruenze e difformità tra le diverse sezioni e minore è il tempo che i giudici di legittimità hanno a disposizione per risolvere le questioni presentategli.

poter garantire appieno lo *jus litigatoris*, il codice di rito non dovrebbe in alcun modo limitare l'accesso al sindacato dinnanzi alla Corte di cassazione.

Ad oggi il quadro normativo e l'intento del legislatore sembrerebbero propendere per una Cassazione posta esclusivamente a tutela dello *jus constitutionis*, per una Cassazione che svolga quindi prevalentemente una funzione nomofilattica<sup>432</sup>.

Ma quali sarebbero le implicazioni pratiche? Si può forse escludere che la Suprema corte, distaccandosi sempre più dal caso concreto, non possa lasciarsi andare ad un'attività più nomopoietica che nomofilattica? Ed ancora, perseguendo un fine esclusivamente pubblico, relegando l'interesse privato a mero "strumento"<sup>433</sup>, si potrebbe ancora definire un organo giurisdizionale?

## 2.1. Sulla deriva nomopoietica di una Corte in tutela dello *jus constitutionis*

Il giudice e la legge<sup>434</sup>. Questo è il tema che, nei limiti delle nostre capacità, proveremo ora ad analizzare in relazione alle estreme conseguenze che si potrebbero verificare nel caso in cui si distaccasse del tutto la Suprema corte dalla tutela dello *jus litigatoris*.

---

<sup>432</sup> Si ricordano a titolo esemplificativo l'art. 363 c.p.c. (*Principio di diritto nell'interesse della legge*) il quale, a seguito della modifica apportata dall'art. 4, D.lgs 40/2006, prevede l'enunciazione del principio di diritto anche quando il provvedimento non sia ricorribile in cassazione e non sia altrimenti impugnabile nonché la sua pronuncia d'ufficio, quando il ricorso è dichiarato inammissibile e la questione decisa è di particolare importanza; l'art. 384.1 c.p.c. che, dopo la modifica introdotta con D.lgs 40/2006, estende l'enunciazione del principio di diritto anche ai casi in cui, pur non essendoci stata una violazione ex 360.1, n. 3 c.p.c., risolve una questione di diritto di particolare importanza; l'art. 366-bis, introdotto nel 2006 e abrogato nel 2009, il quale prevedeva la necessaria formulazione, a pena di inammissibilità, del quesito di diritto; l'art. 374.3 c.p.c. che impone una sorta di vincolo di adeguamento per le sezioni semplici; l'art. 360-bis c.p.c., introdotto dall'art. 47.1, lett. a) della L. 18 giugno 2009, n. 69, il quale prevede il cd. "filtro in cassazione"; le modifiche apportate al codice di rito dal D.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito nella L. 7 agosto 2012, n. 134 (in particolare all'art. 360.1, n. 5 e all'art. 348-ter c.p.c.) nonché, da ultimo, la riforma al procedimento per cassazione introdotta con d.l. 31/08/2016, n. 168 conv. con mod. dalla l. 25/10/2016, n. 197 (v. in particolare, l'art. 375, co. 2 c.p.c.).

<sup>433</sup> In dottrina non mancano autori che addirittura prospettano l'abolizione dell'art. 117, co. 7 cost., v. CHIARLONI S., *Sui rapporti tra funzione nomofilattica della cassazione e principio della ragionevole durata del processo*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it). Dell'idea che l'art. 111, co. 7 cost. debba almeno essere modificato alla luce di altri principi costituzionali sono poi altri autorevoli esponenti di dottrina, tra cui CARPI F., *L'accesso alla Corte di cassazione ed il nuovo sistema di filtri*, in Riv. trim. dir. proc. civ., vol. II, 2010, pp. 769 ss, p. 770 e CAPONI R., *Norme processuali "elastiche" e sindacato in cassazione (dopo la modifica dell'art. 360, 1° comma, n. 5 c.p.c.)*, intervento all'incontro di studio organizzato dall'ufficio dei referenti per la formazione decentrata, tenutosi l'8 novembre 2012 presso l'Aula Magna della Corte di cassazione, §2, pp. 3 ss.

<sup>434</sup> La tematica, variamente affrontata in dottrina nel corso degli ultimi decenni, viene recentemente ripresa e torna oggetto di studio in LIPARI N., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017; AA.VV., *Il giudice e la legge*, numero monografico, *Questione giustizia*, 4/2016; RESCIGNO P., PATTI S., *La genesi della sentenza*, Il Mulino, Bologna, 2016; DALFINO D., *Giurisprudenza "creativa" e prevedibilità del "diritto giurisprudenziale"*, in *Il giust. proc. civ.*, 4/2017, pp. 1023 e ss.; GRAZIOSI A., *Riflessioni in ordine sparso sulla riforma del giudizio in cassazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1/2010, pp. 37 e ss.; CANZIO

Ma procediamo per gradi.

Anzitutto occorre prendere posizione sulla questione relativa alla possibilità di scindere, nel giudizio, il fatto e il diritto. Questo è, del resto, il punto di partenza dell'indagine.

A nostro parere non ha senso una tale distinzione in quanto «non c'è “fatto” nel processo che non sia definibile in termini di diritto, come non vi è “diritto” nel processo che non sia definibile in termini di fatto»<sup>435</sup>. Si tratterebbe in sostanza di una distinzione che, come osserva SATTA, se considerata in assoluto, è «priva di razionalità; anzi è assolutamente irrazionale perché contraddice alla essenziale unità del giudizio»<sup>436</sup>.

Il giudizio è infatti un'attività dell'intelletto, una «attività della mente umana, che si compie comunemente e che porta a confrontare un dato di esperienza con un canone valutativo»<sup>437</sup>. Ebbene, nel giudizio, i fatti storici (dato di esperienza) vengono qualificati e ricondotti ad una norma giuridica (canone valutativo) giungendo, attraverso la ricostruzione del fatto e l'interpretazione della norma, all'accertamento. La mente dell'interprete, scrive PROSPERI trattando del c.d. “circolo ermeneutico”, non è però «una *tabula rasa*, ma è carica di attese o di schemi di senso che orientano l'interpretazione» in una sorta di situazione circolare in cui «dall'anticipazione di senso determinata dalla comprensione del caso l'interprete muove verso la ricerca della norma, per poi tornare ancora al caso da regolare, seguendo un percorso che opera per approssimazioni successive, per progressive esclusioni, per continui aggiustamenti su entrambi i poli dell'attività interpretativa. Il circolo ermeneutico che conduce all'individuazione della norma da applicare al caso concreto è, dunque, aperto e chiuso dall'attività decisionale e niente affatto tecnica e neutrale dell'interprete, che muove dalla comprensione del fatto per coglierne il senso giuridico cui il testo della disposizione normativa rinvia, senso

---

G., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Contratto e impresa*, 2/2017, pp. 364 e ss. pubblicato anche in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>435</sup> Così MAZZARELLA F., «Fatto e diritto» in *Cassazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, I, 1974, p. 82 e ss., spec. p. 82, dove giunge però alla conclusione che la contraddizione tra la teoria, che vede indissociabili il giudizio di fatto da quello di diritto, e la pratica, che la vede invece applicata nel giudizio dinanzi alla S.C., sia solo apparente in quanto «se si può senz'altro riconoscere che la distinzione tra fatto e diritto contraddice alla “essenziale unità del giudizio”, senza che da ciò si possa però trarre alcuna utile indicazione a proposito di un settore – come quello della Cassazione – in cui non è in giuoco il giudizio e la sua essenziale unità non può quindi venir compromessa. Risulta in tal modo delineata l'idea che [...] l'esperienza della Cassazione non coincide con quella del giudizio» (*ivi*, p. 83). Per una visione critica a tale teoria si v., nel proseguo, il nostro § 3.

<sup>436</sup> Cfr. SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 190.

<sup>437</sup> Cfr. BIAVATI P., *Argomenti di diritto processuale*, cit., p. 37.

inevitabilmente condizionato dal complesso di valori etici, morali, politici e religiosi in cui l'interprete stesso si riconosce»<sup>438</sup>.

Il legame intimo che lega il giudizio di fatto e quello di diritto come due momenti indissociabili di un medesimo procedimento logico ci appare del resto ben descritto da PATTI in un passo de *La genesi della sentenza*, che riteniamo opportuno riportare in questa sede per estratto:

«[...] non è corretto ravvisare una netta separazione tra individuazione della norma e costruzione del “caso giuridico”, poiché il giudice una volta che, ad esempio dopo una prima lettura di un atto di citazione, consegue una conoscenza “grezza” (secondo la terminologia di Larenz) della fattispecie, pensa subito alla norma da applicare. Non si tratta, ovviamente, di un giudizio definitivo in alcun senso, né sull'accertamento del fatto né sulla norma da applicare, ma il giudice, conoscendo il diritto, dal momento in cui comincia a studiare il caso è spinto a inquadrare la fattispecie, così come gli è stata presentata nella fase iniziale, sotto una fattispecie normativa.

Di conseguenza, nell'accertamento del fatto, il giudice procede – in modo più o meno consapevole – immaginando la sussunzione del fatto sotto la fattispecie normativa che ha individuato. Nel corso del processo l'intuizione iniziale può subire mutamenti, e Hruschka – con frase molto significativa – descrive un “andirivieni” continuo tra il fatto e la norma; tuttavia, il giudice tende a indirizzare la prova del fatto e la sua qualificazione giuridica sotto la fattispecie astratta già scelta. Ad esempio, [...] una signora può raccontare al giudice di essere stata morsa da un cane. Si tratta di un fatto della vita quotidiana: il giudice comincia a inquadrare il caso sotto la fattispecie normativa che prevede la responsabilità di chi ha la custodia del cane, pone delle domande che mirano a verificare la possibilità di applicazione o meno la norma e di affermare un'ipotesi di responsabilità. [...] Quindi la costruzione del fatto – questo è un dato su cui riflettere – dipende dall'esposizione dei fatti compiuta dalla parte ma anche dalle questioni approfondite dal giudice, e il risultato a cui si perviene è spesso la conseguenza delle domande che mirano a chiarire elementi altrimenti destinati a restare in ombra in base al racconto spontaneo del danneggiato o dei testimoni, poiché, ad esempio, il testimone pur ricordando un determinato aspetto non lo considera rilevante e quindi non ne parla. In definitiva, il giudice [...] contribuisce alla costruzione del fatto. Una volta pervenuti a questo risultato, l'applicazione della norma è spesso agevole perché fatto e diritto non rappresentano due corpi separati ma componenti di uno stesso processo».

(PATTI S., *La genesi della sentenza*)<sup>439</sup>

---

<sup>438</sup> Così PROSPERI F., nella presentazione di RESCIGNO P., PATTI S., *La genesi della sentenza*, cit., p. 18.

<sup>439</sup> Cfr. RESCIGNO P., PATTI S., *La genesi della sentenza*, cit., p. 36-37.



Ma se quanto detto è vero, quali conseguenze seguirebbero rispetto all'attività della Suprema corte?

Se condividiamo l'opinione di chi ritiene che fatto e diritto non siano che due facce della stessa medaglia che si formano nel giudizio secondo una influenza reciproca, occorrerebbe concludere che, a prescindere dalle affermazioni di principio, la Cassazione proceda comunque a *valutare* i fatti di causa sussumendoli però sotto un altro schema normativo proprio in virtù di una loro diversa "lettura"; in caso contrario la sua pronuncia si ridurrebbe ad un mero esercizio di stile.

Qualora invece si volesse condividere l'opinione di chi ritiene non solo potenzialmente ma anche praticamente scindibili "fatto" e "diritto", bisognerebbe distinguere due diverse ipotesi: *a)* la prima è rappresentata dalla pronuncia di accoglimento del ricorso ai sensi dell'art. 360, co. 1, n. 3; *b)* l'altra, dall'enunciazione del principio di diritto nei casi diversi dal citato accoglimento nonché quello espresso nell'interesse della legge.

Nel primo caso – sub *a)* – il principio di diritto viene enunciato con riferimento al caso di specie che dovrà poi essere deciso alla luce di questo nella fase rescissoria dinnanzi al giudice di rinvio. Se fosse realmente e praticamente possibile pronunciarsi solo in "diritto" senza che tale giudizio sia influenzato da una diversa valutazione del fatto, allora bisognerebbe concludere per l'inutilità di una separata fase rescissoria; perché, una volta individuato o correttamente interpretato il giudizio di diritto, la Corte non potrebbe applicare direttamente la norma al fatto? Si potrebbe controbattere che una simile ipotesi sia già prevista dall'ordinamento, e positivizzata nella seconda parte dell'art. 384, co. 2, c.p.c., ma tale disposizione prevede che la Cassazione possa decidere nel merito solo quando "non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto". Ed allora ci si torna a chiedere, come potrebbe la Corte appurare, secondo un giudizio che non può che definirsi valutativo, che il giudizio di fatto non è completo o quantomeno "sufficiente" senza poterlo, in teoria, sindacare?

Diverso invece il caso – sub *b)* – in cui la Cassazione enunci il principio di diritto nell'interesse della legge oppure lo enunci pronunciandosi con esito diverso dall'accoglimento sul ricorso proposto a norma dell'art. 360, co. 1, n. 3 ovvero negli altri casi quando risolva una questione di particolare importanza.

Partendo da questa ultima ipotesi si potrebbe osservare che estraniando il principio dal caso concreto, pretendendone una generalizzazione affinché possa essere applicato ad una

molteplicità di giudizi, questo perderebbe la sua originaria funzione ovvero sia fungere da parametro di decisione per *quella* lite. Detta trasfigurazione alla *ratio* sottesa all'enunciazione (ai fini di una successiva applicazione) del principio di diritto è già in atto: il d.lgs 2 febbraio 2006, n. 40 ha infatti modificato l'art. 384 c.p.c. prevedendo ora che il principio di diritto venga enunciato dalla Corte quando *decida* il ricorso proposto lamentando un *error in iudicando* ovvero quando la questione risolta sia di particolare importanza. Prima della riforma (l'argomento è già stato trattato al punto precedente – sub a) – e quindi non ci ripeteremo) l'enunciazione del principio di diritto era limitato al solo *accoglimento*, per violazione o falsa applicazione di legge cui era incorso il giudice in sentenza, del ricorso. La modifica non è irrilevante: «le novità che hanno interessato il principio di diritto», scrive PASSANANTE, «non ne hanno solo quantitativamente ampliato le occasioni di pronuncia, ma ne hanno intaccato, modificandola, la stessa natura. Mentre, infatti, originariamente l'enunciazione del principio di diritto risultava strumentale al giudizio di rinvio, sicchè quest'ultimo appariva geneticamente connesso al vincolo operante nei confronti del giudice *ad quem*, oggi la sua funzione è qualitativamente *altra*, rivolgendosi potenzialmente a tutti i magistrati dell'ordine giudiziario. L'enunciazione del principio di diritto diviene, così, da veicolo dell'*esatta osservanza* della legge – nel senso di *applicazione* – a cui il giudice di rinvio deve uniformarsi, a manifesto dell'*esatta osservanza della legge* – nel senso di *interpretazione* – indirizzato potenzialmente a tutti i giudici»<sup>440</sup>.

Si potrebbe sostenere che anche prima della riforma alla S.C. era dato di affermare il principio di diritto prescindendo dalla successiva applicazione al caso di specie. Questo è il caso del principio enunciato nell'interesse della legge disciplinato dall'art. 363 c.p.c.. Sennonché, a differenza dell'ipotesi disciplinata dall'art. 384 c.p.c., la Corte di cassazione non è *obbligata* a pronunciare il principio di diritto: quando le parti non hanno proposto ricorso nei termini di legge o vi hanno rinunciato ovvero quando il provvedimento non è ricorribile in cassazione o non è altrimenti impugnabile, il P.G. presso la Corte ha la *facoltà* di fare istanza al primo presidente affinché il consesso pronunci il principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi. Così come è nel *potere*, e non nel *dovere*, del primo presidente disporre che le sezioni unite effettivamente si pronuncino, ed in quello della Corte decidere di enunciare d'ufficio il principio di diritto nel caso in cui il

---

<sup>440</sup> Cfr. PASSANANTE L., *Il precedente impossibile*, cit., p. 14

ricorso proposto dalle parti sia dichiarato inammissibile quando la questione decisa è di particolare importanza. La *ratio* della disposizione non è mai stata, come invece era quella dell'art. 384 c.p.c., l'enunciazione ai fini di una successiva applicazione al caso di specie ma quella di dare alla S.C. la possibilità di pronunciarsi su di una questione di particolare importanza per l'interesse generale laddove non sarebbe altrimenti stato possibile. Si tratta di un istituto di più che residua applicazione pratica e ciò forse a ragione anche del fatto che, così operando, la Corte si spoglia dalla veste di "giudice" e indossa quella di "maestro". Sul punto ritorneremo a breve, per il momento qui basti osservare che, anche nel caso di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, la Cassazione si allontana dalla funzione giurisdizionale entrando, oggi come alle sue origini francesi<sup>441</sup>, in un campo "para-legislativo" o, quantomeno, esogiurisdizionale. In tal senso, suggestive sono le parole di AMOROSO che rileva come sulla riforma all'art. 363 c.p.c. si possa «scorgere qualche dubbio di legittimità costituzionale perché, a differenza del ricorso nell'interesse della legge di cui all'originario art. 363, la corte non si pronuncia su un provvedimento impugnato, in ipotesi cassandolo, ma è chiamata ad esercitare una funzione astratta di produzione di principi di diritto, sganciata anche dalla verifica della effettiva ricorribilità del provvedimento impugnato, e quindi una funzione paranormativa che è estranea alla funzione di *jus dicere*»<sup>442</sup>. Sembrerebbe che tale riforma, afferma in particolare PASSANANTE, abbia attribuito alla Corte «un (qualitativamente) "nuovo potere", consentendole di *scegliere* tra i ricorsi – più o meno scientemente inammissibili, quelli che "le servono" per "fare" nomofilachia. Si tratta di qualcosa che, pur in un contesto incomparabilmente diverso, richiama alla memoria l'emblematico *writ of certiorari*, che fa della Corte suprema degli Stati Uniti un organo con marcata vocazione politica, che decide *se e quando decidere* i ricorsi che le vengono sottoposti»<sup>443</sup>.

Il medesimo discorso vale anche nell'ipotesi in cui, a prescindere dall'enunciazione del principio di diritto, dalla sentenza della Suprema corte si estrapoli la c.d. massima.

---

<sup>441</sup> Da CALAMANDREI, l'istituto della cassazione nell'interesse della legge disciplinato dall'art. 27, co. 1, cost. 3-14 sett.1791 veniva a rappresentare la prova del carattere non giurisdizionale dell'organo di cassazione nel rilievo per cui «non si [può] certo dire che il Tr. di cass., quando cassava nell'interesse della legge, compiesse un atto di giurisdizione» poiché, non sortendo tale annullamento alcun effetto per le parti, «la cassazione, anziché come un diritto spettante [a queste], veniva concepita così come una funzione appartenente al Tr. di cass., il quale la esercitava *ex iure proprio*, senza alcuna sostituzione di attività» caratterizzandosi così come organo di controllo amministrativo (v., *retro*, Cap. I, § 4.1.)

<sup>442</sup> Cfr. AMOROSO G., *La Corte di cassazione e il precedente*, in ACIERNO M., CURZIO P., GIUSTI A., *La Cassazione civile*, cit., p. 69.

<sup>443</sup> Cfr. PASSANANTE L., *op. ult. cit.*, p. 18.

Le “massime”, elaborate dai magistrati addetti ad un apposito ufficio istituito presso la Corte di cassazione (art. 68, ord. giud.), vengono infatti definite come «principi di diritto – in genere formulati in termini generali ed astratti, ma non di rado espressi con riferimento alla fattispecie oggetto del giudizio di cassazione – estratti dalle pronunce della Corte (sentenze ed ordinanze). Non sono degli abstract del caso di specie, utili per la ricerca del precedente; sono le tessere del quadro giurisprudenziale che si compone nel progressivo esercizio della funzione nomofilattica della Corte di cassazione»<sup>444</sup>.

Ora, proprio in quanto estraniare dal caso concreto e dotate del carattere di generalità e astrattezza, le massime rischiano, al pari dei principi di diritto enunciati al di fuori di una successiva applicazione nel giudizio di rinvio (dai quali possono pure essere estratte), di costituire una fonte di normazione surrettizia e concorrenziale a quella legislativa.

Alcuni autori, consci di questa possibile deriva nomopoietica, mettono in guardia l'interprete avvertendo che «se l'interpretazione è un'attività intellettuale volta all'attribuzione di un determinato significato a un determinato significante e se si vuole evitare – come parrebbe doversi fare, cadendo altrimenti in una trappola già evidenziata in letteratura – di interpretare la massima come se fosse una norma generale ed astratta, facendola vivere di vita propria, è necessario recuperare – nella ricostruzione di quel significato – le argomentazioni sulla base delle quali la Corte è pervenuta alla decisione del caso di specie e da queste trarre l'insegnamento necessario per applicare la norma di legge, la cui “esatta osservanza” è racchiusa nel *dictum* del giudice di legittimità. Procedendo diversamente e cioè trattando – in una prospettiva legata a (forse dovremmo dire, *rectius*: viziata da) un vetero-positivismo qui non (più) praticabile, ma tuttora molto radicato nella nostra cultura giuridica – le massime come enunciati normativi, si finirebbe col sostituire la soluzione con un nuovo problema»<sup>445</sup>. Sennonché, privata della valutazione delle circostanze di fatto che hanno inciso sulla corretta applicazione della norma, l'argomentazione condotta dal giudice di legittimità in sentenza (tra le cui righe è stata estrapolata la massima) sarebbe comunque “svuotata” di quel senso proprio del *giudicare* come attività di fusione tra il fatto e la norma e si ridurrebbe ad una mera *interpretazione* astratta che porterebbe la Corte a svolgere una funzione diversa da quella propriamente giurisdizionale. Del resto, scrive ancora PASSANANTE, «la Cassazione non è,

---

<sup>444</sup> Cfr. AMOROSO G., *La Corte di cassazione e il precedente*, cit., p. 89.

<sup>445</sup> Cfr. PASSANANTE L., *op. ult. cit.*, p. 154-155.

né deve essere un'interprete autentica delle disposizioni che è chiamata ad applicare. Diversamente – per usare una metafora di Carnelutti – avremmo un Giudice supremo che non è mezzo maestro e mezzo giudice, ma solo maestro»<sup>446</sup>.

In conclusione, quindi, non possono che condividersi le parole di CARCANO che, parendo rivivere nel nostro presente in un'inaspettata attualità, ci sentiamo di riportare per estratto:

«[...] Io enuncerò tosto il mio pensiero: ridotta al compito di quei pronunciati, la Corte fa in forma di magistratura un lavoro, che non è di magistratura ed un lavoro, che non può essere consentito a nessuna magistratura.

La Corte di cassazione potrebbe definirsi la magistratura delle massime, delle definizioni, dei teoremi; in una parola, della scienza legale. [...] è unicamente a mezzo di quelle massime, che la Corte può adempiere alla propria missione di unificare, ciò che equivale a dire, generalizzare la giurisprudenza. E invero non si può generalizzare che a mezzo dei generali: ora ogni fatto è una specie, che non può riscontrare che a sé stessa. Le massime invece, le quali sono un'astrazione della nostra mente, dedotta da una molteplicità di fatti, sono perciò stesso un universale, che può stare con una serie indefinita di fatti. Ma se è così, egli è evidente, che con questi pronunciati la Corte non esercita funzione giudiziaria, la quale, come già dissi [...], sta essenzialmente nell'*unione* e nella *combinazione* dei due giudizi *impossibili ad isolarsi*: ed è evidente, che con questi dettati dottrinali, che appunto si possono pronunciare fuori da ogni specie di fatto, perché non appartengono ad alcun fatto, la Corte, non fa che metter fuori, parata in sentenza, una pronunzia, che non è che una tesi di professore di diritto, un commento. [...] Una magistratura per la legge, un'Autorità giudiziaria per la scienza è un cumulo di contraddizioni, che si accusa da sé, anche all'esterno coi propri termini».

(CARCANO G., *Sul quesito: Cassazione o terza Istanza?*)<sup>447</sup>

---

<sup>446</sup> Ivi, p. 170-171. La metafora della Cassazione come “mezzo giudice e mezzo maestro” è di CARNELUTTI F., *Studi di diritto processuale. Volume I*, Cedam, Padova, 1925, p. 521 ove l'illustre giurista, in quello che pare un monito a chi si voglia accingere allo studio della Cassazione, ricorda di «non avere in mente solo la sua funzione rispetto alla controversia singola; sibbene ancora quella che si chiama la sua funzione regolatrice e si irradia dal campo della controversia singola a quello più alto e più vasto della interpretazione teorica della legge. La corte di cassazione ha questa natura singolare e un poco ambigua: è mezzo giudice e mezzo maestro. Non tanto giudica quanto guida a giudicare. Ora perché questa complessa funzione si compia e questo carattere si conservi conviene togliere a chi la esercita la potestà e la responsabilità immediata del giudizio concreto. Vi è una antitesi irriducibile tra il fatto e la legge: è l'antitesi tra il vario e il costante, tra il molteplice e l'uno. Vi è sempre un vuoto da colmare o una sporgenza da smussare per adattare al fatto la legge; per questo, non per altro che per questo, se il diritto è una scienza, la giurisprudenza è un'arte. Nella dinamica della applicazione quella antitesi diventa una vera lotta: norma e fatto tendono a sopraffarsi a vicenda spiegando una reciproca forza di attrazione: il fatto per piegare la legge, la legge per riformare il fatto. Ho spiato mille volte sul volto dei giudici e sulle pagine delle sentenze questa lotta interessante, in cui sta il segreto della giurisprudenza.» (ivi, pp. 521-522).

<sup>447</sup> Cfr. CARCANO G., *Sul quesito: Cassazione o terza Istanza?*, per l'estretto completo v. *retro*, nota 244.

## 2.2. In conclusione: l'intrinseca incompatibilità con la natura giurisdizionale

Il giudice è chiamato a giudicare.

L'interpretazione della norma dovrebbe sempre essere tesa a risolvere il caso concreto, ad individuare nel fatto le sfumature che consentono quell'opera di sussunzione idonea a garantire la risposta dell'ordinamento alla richiesta del cittadino di accertamento e tutela del proprio diritto soggettivo. Una interpretazione fine a se stessa non è, e non può essere, espressione di giurisdizione. Eppure, come abbiamo potuto osservare, le riforme recentemente intervenute per una "Cassazione in funzione nomofilattica" hanno sempre più inciso, depauperandolo, sullo *jus litigatoris*. Ora, a prescindere dal fatto che sarebbe invece più opportuno – così condividendo le parole di VERDE – pensare a «una Suprema Corte che si preoccup[i] della "nomofilachia" in funzione della giustizia della singola decisione e non viceversa»<sup>448</sup>, non si può non osservare che, così operando, la Corte tende a spogliarsi della propria natura di organo giurisdizionale.

La verità, sostiene SATTA con parole che qui si condividono, è che «il preteso interesse all'interpretazione della legge o all'uniformità del diritto non esiste oggettivamente e astratto nel diritto positivo, ma è sempre soggettivo, nel senso che è interesse di un soggetto in relazione a un atto del giudice che lo grava e che egli assume non rispondente alla legge. Parlare quindi di uno scopo della Cassazione non ha senso sul piano giuridico, così come non ne ha per qualunque altro istituto: lo scopo è nella forma concreta che esso ha ricevuto, non è esterno da esso, onde si può ben concludere che un problema dello scopo neppure esiste»<sup>449</sup>, e la forma concreta che l'istituto ha ricevuto non è nient'altro che quella di un organo giurisdizionale, di vertice, certo, ma pur sempre un giudice.

Noi non riteniamo plausibili quelle giustificazioni che, addotte da parte della dottrina, si risolvono nel considerare la Corte di cassazione un organo giurisdizionale istituito per raggiungere uno scopo che però non è in senso stretto giurisdizionale<sup>450</sup> oppure nel

---

<sup>448</sup> Cfr. VERDE G., *In difesa dello jus litigatoris (sulla Cassazione come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *Riv. dir. proc.*, 1/2008, p. 1 e ss, spec. p. 11.

<sup>449</sup> Cfr. SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 185

<sup>450</sup> Questo il senso delle parole di CALAMANDREI quando afferma che: «La Corte di cassazione, quantunque faccia parte dell'ordinamento giudiziario, e costituisca anzi il vertice supremo della gerarchia di organi ai quali è demandata l'amministrazione della giustizia, non è istituita per raggiungere *soltanto* quello scopo, in senso stretto giurisdizionale, per il conseguimento del quale sono istituiti tutti gli altri giudici (...) e che consiste nella attuazione del diritto in concreto, mediante l'accertamento delle singole volontà di legge che scaturiscono, per regolare i rapporti individuali, dal coincidere di una fattispecie reale con una fattispecie reale. Anche la Corte di cassazione coopera, come si dirà, a questa funzione giurisdizionale in senso stretto, consistente nel rendere giustizia ai singoli: ma questa sua cooperazione è per essa un mezzo non un fine;

considerare come «l'esperienza della Cassazione non coincid[a] con quella del giudizio»<sup>451</sup>. Tali affermazioni peccano della medesima irragionevolezza con la quale CALAMANDREI afferma dapprima che «ogni istituto dev'essere accettato così com'esso si è venuto formando nella pratica» e quindi che «se la Cassazione quale oggidì funziona in Italia non corrisponde più alle norme colle quali più di un cinquantennio fa il nostro legislatore intese di disciplinarla, ciò significa che quelle norme erano inadeguate ai bisogni della vita giuridica nazionale e che l'istituto, liberandosi dalle rigorose restrizioni che la legge voleva imporgli, ha saputo trovare da sé la sua via», per poi però concludere come questo ragionamento valga «per qualunque altro istituto giuridico (...) meno che per la cassazione».

Ora, se la Cassazione oggi non risponde più alle finalità per le quali il legislatore ha inteso istituirla (art. 65, ord. giud. così come letto in chiave calamandreiana) ciò significa, *esattamente* come accade per gli altri istituti giuridici, che essa deve essere accettata per quella che è venuta ad essere nella pratica. In altre parole: se per più di due secoli a questa parte l'organo di Cassazione «ha sempre badato acchè [il meccanismo processuale della propria funzione nel processo civile] non le impedisse di rendere giustizia per così dire sostanziale»<sup>452</sup>, non basteranno le più agguerrite e limitanti modifiche che il codice di rito può apportare per una Cassazione nomofilattica ad impedire all'organo di seguire quella che sembrerebbe essere una naturale vocazione. Ma ciò, sia chiaro, discende dal considerare la Corte di cassazione un organo giurisdizionale; un giudice sarà sempre portato a giudicare, sarà sempre portato a conoscere del merito e dei fatti della controversia innanzi a lui recati; sarà sempre portato a rendere giustizia ai litiganti. Questo è il suo compito. Ed in questo senso s'intende il timore espresso dallo CHABROUX nel rilievo citato nelle note introduttive a questo studio.

### 3. *Nell'ottica dell'essentiam sequitur operationem: la Corte di cassazione giudice di merito*

---

perché il fine ultimo che essa, come suo ufficio esclusivo, persegue, è un fine più vasto ed eccedente, come si vedrà i limiti della singola controversia decisa» cfr. CALAMANDREI P. – FURNO C., voce *La cassazione civile* in *Novissimo digesto*, p. 1055.

<sup>451</sup> Cfr. MAZZARELLA F., «Fatto e diritto» in *Cassazione*, op. cit., p. 83.

<sup>452</sup> Cfr. FAZZALARI E., *Il giudizio civile di Cassazione*, cit., p. 2.

La prima questione sulla quale occorre soffermarsi è innanzitutto rappresentata dalla tipologia di “organo” a cui la Corte si ispira, e conseguentemente alla principale funzione che – in *Sein-Sollen* – ad essa è attribuita. In ausilio a tale individuazione concorrono senz’altro due indicazioni normative dalle quali si evince la qualificazione della Corte di Cassazione come “giudice”: l’una, rappresentata dall’art. 1 ord. giud. – rubricato *Dei giudici* – che inserisce la Suprema corte tra i giudici ordinari preposti all’amministrazione della giustizia in materia civile e penale; l’altra, di ordine sistematico, che colloca la disciplina relativa alla Corte – Capo IV, *Della corte suprema di cassazione*, artt. 65 ss., ord. giud. – nel Titolo II della legge sull’ordinamento giudiziario, rubricato “*Dei giudici*”.

Se, come è pacifico ritenere, la Suprema corte è un *giudice* parrebbe se non scontato quantomeno fisiologico ritenere che la funzione da essa esercitata in via primaria sia da individuarsi in quella *giurisdizionale*. In questo contesto si inserisce una seconda questione, concernente l’individuazione circa il *carattere* relativo alla funzione giurisdizionale esercitata dalla Corte di cassazione. A tal fine il disposto normativo non sembra, a nostro parere, fornire una risposta univocamente certa, limitandosi a caratterizzare l’organo come “*supremo*” e specificandolo con il complemento “*della giustizia*”. Per quanto concerne la *supremazia*, il disposto dell’art. 65 ord. giud., se non si voglia considerare gli eventuali ricorsi alle Alte corti internazionali ed europee, pare attribuire alla Corte di cassazione un ruolo di vertice – giudice *primus inter pares* – rispetto agli altri giudici nel senso che, a differenza di quelle degli altri organi di giurisdizione ordinaria, le pronunce della Suprema corte non possono essere impugnate davanti ad un giudice superiore. Per quanto invece riguarda il complemento di specificazione “*della giustizia*”, diverse sono le interpretazioni prospettate in dottrina, ed in particolare tre sono quelle individuate da TARUFFO.

La prima, che ha riguardo alla posizione che la Cassazione riveste rispetto agli altri giudici, individua nel termine *giustizia* un sinonimo di “organizzazione circa l’amministrazione della giustizia”.

La seconda, sulla quale incide la formulazione letterale dell’art. 65 e la *ratio* della Relazione introduttiva, individua la *giustizia* nella “legalità” intesa come “esatta osservanza e uniforme interpretazione della legge”. In tal senso però, sottolinea l’a., «il



riferimento alla “giustizia” è privo di significato autonomo e la formula è solo ripetitiva di cose che vengono dette in altre parti della norma»<sup>453</sup>.

Infine, una terza interpretazione, che in questa sede noi condividiamo, si ha con riferimento alla *giustizia* intesa nel suo senso “sostanziale”, ossia come giustizia rispetto al caso concreto, così da individuare nella Cassazione il «garante supremo della giusta decisione delle controversie, non già sulla base di una legalità formale ma secondo qualche criterio di giustizia materiale»<sup>454</sup>.

Se infatti si volesse qualificare la Corte, come oramai pacificamente avviene, quale *giudice* e senza volerne negare la naturale attività che tale definizione impone, si dovrebbe con serenità affermare quindi che ad essa non spetti che *giudicare*.

L’analisi storica che abbiamo condotto nei primi capitoli di questo studio a noi pare dimostrare proprio questo; che, a prescindere dagli scopi definiti in via di principio, quello che viene chiamato giudice finirà, volente o nolente, per giudicare. Così è stato per il *Conseil des parties*, che da organo teso per definizione alla tutela dello *jus contitutionis* (in quel caso, la volontà del sovrano legislatore) si è trasformato, una volta previsto un controllo diffuso sul ricorso, ad organo attento allo *jus litigatoris*; così è accaduto, in modo ancor più evidente, con il *Tribunal de cassation* che da organo espressamente qualificato come para-legislativo, istituito infatti *auprès du Corps législatif*, si è trasformato da *sentinelle établie pour maintien des lois* a organo giurisdizionale. A prescindere infatti dal formale riconoscimento della natura giurisdizionale, occorsa solo nel 1804 con la ridenominazione in *Cour de cassation*, si è infatti avuto modo di notare il medesimo ampliamento, in un’ottica di tutela sempre maggiore dello *jus litigatoris*, circa i limiti della sua cognizione, che dal solo motivo di *contravention expresse au texte de la loi* si è estesa sino a ricomprendere la *fausse application de la loi* che avrebbe poi permesso la sindacabilità del c.d. *défaut de base légale*. Del resto, rileva SPANGHER, «il passaggio dalla falsa interpretazione alla falsa applicazione della legge è una strada senza ritorno che parte dal diritto e giunge al fatto»<sup>455</sup>.

Anche la storia italiana ha dimostrato una particolare inclinazione dei giudici di cassazione alla sempre maggior tutela dello *jus litigatoris*. Una prassi, questa, certamente

---

<sup>453</sup> Cfr. TARUFFO M., *Il vertice ambiguo*, op. cit., p. 64.

<sup>454</sup> *Ibid.*

<sup>455</sup> Cfr. G. SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, op. cit., p. 633

favorita nella Penisola da una tradizione di particolarismo giuridico e, soprattutto, dall'esperienza che parte d'Italia aveva avuto riguardo alla Terza istanza.

Di ciò è testimone lo stesso CALAMANDREI il quale, nel secondo volume de *La cassazione civile*, individua nella sindacabilità dell'errore sul fatto notorio, dell'errore su di una massima di esperienza, dell'interpretazione dei negozi giuridici e del difetto di motivazione, strumenti di cui le Cassazioni italiane si servivano per addentrarsi nel riesame del merito, tutelando così lo *jus litigatoris*, anche se da questo non derivava poi nessun vantaggio in difesa dello *jus constitutionis*<sup>456</sup>. Rileva l'a.:

«Chi studi, com'io faccio, un istituto giuridico vivente nel diritto positivo attuale, non può trascurare le trasformazioni da esso compiute nella pratica, anche se queste rappresentano vere e proprie deviazioni dal profilo originario che all'istituto stesso aveva inteso attribuire la legge scritta; per questo, nella parte speciale di questo Studio, darò larga parte all'esame di quelle dottrine che nella pratica italiana si sono formate *praeter* ed anche, a parer mio, *contra legem*, in tema di interpretazione dei negozi giuridici e in tema di difettosa motivazione. Ma qui, nel tracciare il disegno generale dell'istituto, non mi sembra di peccare di apriorismo quando considero queste dottrine come vere e proprie *degenerazioni* di esso. Non credo che mi si possa obiettare che, per chi vuol studiare fenomeni giuridici da un punto di vista realistico, ogni istituto dev'essere accettato così com'esso si è venuto formando nella pratica, e che, di conseguenza, se la Cassazione quale oggidì funziona in Italia non corrisponde più alle norme colle quali più di un cinquantennio fa il nostro legislatore intese di disciplinarla, ciò significa che quelle norme erano inadeguate ai bisogni della vita giuridica nazionale e che l'istituto, liberandosi dalle rigorose restrizioni che la legge voleva imporgli, ha saputo trovare da sé la sua via. Per qualunque altro istituto giuridico questo ragionamento può esser appropriato meno che per la cassazione: poiché fin da quando lo Stato ha creduto opportuno sfruttare, col ricorso in cassazione, la iniziativa dei privati per raggiungere il soddisfacimento di un interesse esclusivamente pubblico, è stato facilmente prevedibile che il sistema di porre l'interesse privato al servizio dell'utilità collettiva avrebbe portato in sé connaturato il pericolo di una degenerazione dell'organo di cassazione in un organo di terza istanza, come effetto naturale della tendenza dei ricorrenti a cercare, anche in sede di cassazione, il soddisfacimento dell'interesse proprio senza curarsi del pubblico interesse. Il movimento, di cui ho citato sopra gli indizi caratteristici, della Corte di cassazione verso un riesame sempre più ampio del merito delle controversie anche nella questione di fatto, non rappresenta dunque un fenomeno fisiologico che sia naturalmente sopraggiunto dopo la fondazione dell'istituto, ma costituisce una manifestazione per così dire morbosa di un germe degenerativo congenito, gli effetti

---

<sup>456</sup> Cfr. CALAMANDREI P., *La cassazione civile*, vol. II. *Disegno generale dell'istituto*, op. cit., §122, p. 375.

del quale erano prevedibili, e quindi evitabili, fin dalla origine dell'istituto stesso; è per questo, poiché, fino a quando la Cassazione è stata accolta nel nostro diritto, il legislatore ha previsto il pericolo che contro la integrità di esso era costituito dalla possibile prevalenza dell'interesse privato sull'interesse pubblico, e ha dettato misure restrittive per mantenere l'istituto nei rigorosi limiti delle sue finalità, credo che qualunque ampliamento del campo di cognizione della Cassazione introdotto dalla pratica non possa essere considerato come naturale tappa di evoluzione di un istituto che segue il suo costante divenire, ma debba invece essere combattuto come tentativo larvato di riportare il nostro ordinamento giudiziario a un periodo storico ch'esso ha ormai, nella lettera della legge, superato.

In verità in tutto questo lavoro di trasformazione colla quale la pratica giudiziaria, sostituendosi alle precise disposizioni del legislatore, va a poco a poco cancellando il significato originario dell'istituto, è facilmente riconoscibile l'influsso della tradizione regionale, che tenta di resuscitare, nella sostanza se non nella forma, sistemi giudiziari che l'unificazione nazionale sembrava aver abolito per sempre. Non soltanto, infatti, nella tenacia con cui le regioni si oppongono alla unificazione delle Corti di cassazione rivive l'attaccamento che gli Stati italiani anteriori all'unificazione avevano ciascuno per il proprio tribunale supremo residente nella rispettiva capitale, ma in ogni tentativo di estendere anche al riesame delle questioni di fatto i poteri di cognizione della Corte di cassazione si riaffaccia il sistema tradizionale della Terza istanza, per la quale il supremo organo giudiziario in ogni Stato aveva cognizione piena sul merito delle controversie».

(CALAMANDREI P., *La Cassazione civile. Vol. II. Disegno generale dell'istituto*)<sup>457</sup>

Si è già avuto modo di sottolineare nel paragrafo precedente l'incongruenza rappresentata dall'affermare, dapprima, che «ogni istituto dev'essere accettato così com'esso si è venuto formando nella pratica» e quindi che «se la Cassazione quale oggidi funziona in Italia non corrisponde più alle norme colle quali più di un cinquantennio fa il nostro legislatore intese di disciplinarla, ciò significa che quelle norme erano inadeguate ai bisogni della vita giuridica nazionale e che l'istituto, liberandosi dalle rigorose restrizioni che la legge voleva imporgli, ha saputo trovare da sé la sua via», per poi però concludere come questo ragionamento valga «per qualunque altro istituto giuridico (...) meno che per la cassazione».

Ma allora, se la Corte di cassazione è un giudice e si comporta da giudice, perché non prenderne semplicemente atto, permettendo l'accesso alla cognizione del fatto?

---

<sup>457</sup> *Ivi*, §122, p. 375-377.

Il divieto di accedere a *le fond des affaires* aveva un senso nell'originaria concezione dell'organo di cassazione, una concezione che abbiamo visto essere meramente "ideale" fin dalle sue origini: la Cassazione era pensata come un organo di controllo, una «*sentielle établie pour le maintien des lois*»<sup>458</sup> che però non poteva essere che estranea all'ordine giudiziario. Come rileva giustamente SATTA, il concetto dominante posto alla base dell'istituzione era infatti quello di «custodire la legge, e quindi sorvegliare il potere giudiziario, non farne parte, annullare le sentenze, non giudicare»<sup>459</sup>. È questo «orrore del giudizio»<sup>460</sup> che giustificava il divieto di accesso al fatto: l'organo, essendo istituito *auprès du Corps législatif*<sup>461</sup>, non poteva giudicare in alcun modo la controversia, né direttamente, scendendo nella cognizione del merito, né indirettamente, influenzando la decisione del giudice di rinvio, ma si doveva limitare a «dichiarare», nel dispositivo, «*le texte de la loi ou des lois sur lesquelles la décision sera appuyée*»<sup>462</sup> senza necessità alcuna di motivazione<sup>463</sup> (o peggio, di *interpretazione*!), evitando così una possibile indiretta intromissione nel merito della controversia.

Da allora sono passati secoli. L'«orrore del giudizio» è venuto meno e si è preso atto del fatto che la legge non è e non può essere perfetta ed autoreferenziale.

---

<sup>458</sup> In questi termini il *Tribunal de cassation* venne definito da PRIEUR, nel suo intervento alla seduta del 10 novembre 1790, pubblicato sulla *Gazette Nationale* del 12 novembre 1790, n. 316 (cfr. *Gazette Nationale, ou Le moniteur universel*, n. 316 del 12 novembre 1790, in *Gazette Nationale, ou Le moniteur universel*, vol. Luglio - Dicembre 1790, p. 1306 consultabile online alla pagina web: <https://archive.org/stream/gazettenationale1790pand#page/1306/mode/1up>).

<sup>459</sup> Cfr. SATTA S., *Passato e avvenire della Cassazione*, op. cit., p. 949.

<sup>460</sup> Espressione utilizzata SATTA per indicare quello che si configurava come il maggior timore dei legislatori rivoluzionari che però, secondo l'a., non aveva invero riscontro pratico nella realtà: «Noi non siamo in grado di dire quanto siffatta preoccupazione rispondesse all'attuale realtà: è molto probabile che non avesse alcuna rispondenza, né oggettiva né soggettiva, e cioè che nessun giudice pensasse davvero in quel tempo di farsi legislatore. Più facile è se mai pensare che i legislatori rivoluzionari sentissero più o meno oscuramente che la legge vive nel giudice che la applica, e volessero premunirsi contro l'imminente pericolo del giudizio; più giusto ancora ritenere che il ricordo storico [lotta tra il sovrano e i parlamenti nell'*ancien régime*, nda] fosse il veicolo per il quale si facesse strada l'esigenza del rispetto della Legge come tale, della Legge che esiste per sé stessa, come un'assoluta realtà, conoscibile *a priori* e conosciuta.» (Satta, op. ult. cit., p. 948).

<sup>461</sup> Art. 1 del Decreto istitutivo: «*Il y aura un Tribunal de cassation établi auprès du Corps législatif*», cfr. TARBÈ DES SABLONS A.P., *Cour de cassation. Lois et règlements*, op. cit., §518, p. 241 consultabile altresì sul sito internet: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f255.image>.

<sup>462</sup> Art. 17 del Decreto istitutivo: «*L'intitulé du jugement de cassation portera toujours, avec les noms des parties, l'objet de leur demande, et le dispositif contiendra le texte de la loi ou des lois sur lesquelles la décision sera appuyée*», cfr. TARBÈ DES SABLONS A.P., *Cour de cassation. Lois et règlements*, op. cit., §534, p. 244 consultabile altresì sul sito internet: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f258.image>.

<sup>463</sup> Sulla base di tale rilievo, SPANGHER esclude la natura nomofilattica della Cassazione nonostante il fatto che la stessa, secondo l'a., «nell'intento dei legiferatori (...) doveva *maintenir l'unité de la législation et de prévenir la diversité de jurisprudence*» cfr. SPANGHER G., *Trattato di procedura penale*. Vol. V. *Impugnazioni*, Utet, Torino, 2009, p. 629-630.

Ma allora, perché non giungere alla conclusione che il divieto di accesso al fatto non si riduca ad altro se non ad uno strascico anacronistico di una passata (e quasi mai esistita al di fuori degli intendimenti programmatici dei legislatori rivoluzionari) istituzione?

Pensiamo, per un attimo, che questo divieto di accesso al merito dell'affare giudiziario si sia tramandato nel tempo come una *opinio juris ac necessitatis* senza che abbia mai avuto ragione di esistere al di fuori della specifica struttura (ideologica) di un organo posto *al di fuori* dell'ordine giurisdizionale ed impossibilitato anche solo all'*interpretazione* della legge. Si sostiene che l'art. 65 ord. giud., nel sancire la funzione nomofilattica della Corte, abbia implicitamente conservato tale divieto, ma non vi è chi non possa individuare in ciò una profonda antitesi: l'art. 65 ord. giud., di cui daremo una personale lettura nel paragrafo a seguire, non solo consente al magistrato di cassazione di "interpretare" la legge, ma addirittura eleva la Corte ad organo di più autorevole interpretazione conferendole il compito di uniformarla. Ora, se l'interpretazione è, come abbiamo inteso, un circolo ermeneutico che dal fatto giunge al diritto ed a questi ritorna procedendo per progressivi aggiustamenti e soluzioni di sintesi, come è possibile che si possa interpretare la norma, senza sfociare in affermazioni astratte dal dubbio carattere nomopoietico, senza valutare le circostanze di fatto da cui ne scaturisce l'applicazione?

Pensiamo, infine, ad una Corte suprema che possa valutare il fatto e giudicare definitivamente nel merito. Sarebbe una soluzione così peregrina?

Certamente nel giudizio dinnanzi alla terza istanza non sarebbe possibile svolgere una fase istruttoria piena, ma si potrebbe apprezzare del materiale assunto nei gradi precedenti<sup>464</sup>.

Sul punto ci si consentano solo un paio di considerazioni.

Da un lato, infatti, è errato pensare che un giudizio di legittimità necessariamente rinneghi una fase istruttoria: dinnanzi alla Corte di Giustizia, per esempio, è prevista la

---

<sup>464</sup> Il discorso meriterebbe una trattazione a sé stante con riferimento al processo penale, sul presupposto per cui, in linea con la giurisprudenza della Corte EDU (v., per tutte, *Dan v. Moldavia*) e nazionale (v. Cass. SS.UU., 06/07/2016, n. 27620, in *CED* rv. 267487), il giudice di appello, investito della impugnazione del pubblico ministero avverso la sentenza di assoluzione di primo grado con cui si adduca una erronea valutazione delle prove dichiarative, non possa riformare la sentenza impugnata, affermando la penale responsabilità dell'imputato, senza avere prima proceduto, anche d'ufficio, a rinnovare l'istruttoria dibattimentale (principio oggi codificato, a seguito della l. 23 giugno 2017 n. 103 – c.d. riforma Orlando –, all'art. 603, co. 3-bis c.p.p.).

possibilità di disporre, anche d'ufficio, di mezzi istruttori precostituiti e costituendi<sup>465</sup>; dall'altro, non è scontato che un giudizio di merito debba inevitabilmente procedere all'assunzione di materiale probatorio: nel giudizio di appello, infatti, l'art. 345 c.p.c. dispone l'inammissibilità di nuovi mezzi di prova e l'impossibilità di produrre nuovi documenti, salvo che la parte non dimostri di non averli potuti produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile e sempre eccezion fatta per il giuramento decisorio.

Nei limiti quindi delle preclusioni di rito non è quindi impensabile ritenere che, qualche forma di istruttoria non possa comunque essere prevista anche nel giudizio dinanzi alla Suprema corte che, ad ogni modo, potrebbe decidere nel merito anche solo sulla base del materiale probatorio già versato in atti.

Ma quali sarebbero le conseguenze di una terza istanza nel nostro ordinamento? Si potrebbe ancora parlare di tutela dello *jus constitutionis*? A noi sembra che non vi siano particolari profili di incompatibilità tra le norme costituzionali e ordinamentali ed una Corte suprema legittimata a sindacare nel merito, così come non vediamo alcun impedimento ad una più che auspicata uniformità dell'interpretazione della legge nel sol fatto che questa sia raggiunta tutelando *in primis* lo *jus litigatoris*. Del resto, osserva BIAVATI, «questa separazione fra *ius constitutionis* (da promuovere) e *ius litigatoris* (da smaltire) non convince. L'ambiguità (per dirla con Taruffo) dell'equilibrio fra i due compiti della Cassazione si risolve, probabilmente, pensando che il compito è uno solo: decidere i ricorsi in terza istanza, assicurando al contempo l'esatta interpretazione dell'ordinamento»<sup>466</sup>.

La Corte di cassazione quale «organo supremo della giustizia», così come qualificato dall'art. 65 ord. giud., decidendo nel merito potrebbe, come si cercherà ora di ipotizzare, al contempo garantire: *a)* la tutela dello *jus litigatoris*; e *b)* l'uniforme interpretazione della legge, tutto ciò nel rispetto dei principi costituzionali sanciti dagli artt. 3, 101 e 111 cost.

---

<sup>465</sup> Per puntuali approfondimenti, soprattutto con riferimento ai rapporti tra l'iniziativa istruttoria di parte e i poteri ufficiosi dei giudici di Kirchberg, v. BIAVATI P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, Giuffrè, Milano, 1992.

<sup>466</sup> Cfr. BIAVATI P., *Brevi note sul nuovo procedimento in Cassazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 4/2017, pp.1209 e ss., spec. p. 1217.

3.1. (segue) a) *una S.C. in tutela dello jus litigatoris: una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 65 ord. giud.*

L'art. 65 ord. giud. dispone che «La Corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie agli altri compiti ad essa conferiti dalla legge».

Distogliendo per un attimo lo sguardo dalla chiave di lettura, di stampo calamandreiano, che da sempre è stata offerta della disposizione<sup>467</sup>, proviamo ora ad analizzare il dato testuale secondo una diversa prospettiva.

Occorre anzitutto concentrarci sui tre compiti che, tradizionalmente, individuano nell'ufficio del supremo consesso, la c.d. funzione nomofilattica: a) assicurare l'*esatta osservanza della legge*; b) assicurare l'*uniforme interpretazione della legge*; c) assicurare l'*unità del diritto oggettivo nazionale*.

Partendo dall'ultimo compito – sub c) –, quello di assicurare l'*unità del diritto oggettivo nazionale*, se deve essere cosa diversa ed a sé stante rispetto alle due funzioni precedentemente attribuite alla Cassazione dalla norma, non può che ridursi ad un manifesto proprio del tempo in cui venne formulata la disposizione: osserva in particolare TARUFFO che è proprio «al riferimento all'unità del diritto oggettivo nazionale» che attiene «il contributo che alla redazione della norma viene dalla concezione “politica” della Cassazione attribuibile al fascismo», una «mera retorica, o tentativo di piegare la Cassazione, che aveva ben altre origini storico-politiche, alle finalità del regime»<sup>468</sup>.

---

<sup>467</sup> Che l'art. 65 ord. giud. non sia, in gran parte, che la trasposizione in norma positiva del pensiero di CALAMANDREI, pare fuori di dubbio. Sul punto in particolare TARUFFO, secondo cui «sembra evidente che essa rifletta al contempo la concezione classica della Cassazione riformulata da Calamandrei, e una visione burocratica-autoritaria di stile fascista. Il primo elemento, di gran lunga più importante, attiene ai principi della nomofilachia e dell'uniformità della giurisprudenza, che Calamandrei aveva posto al centro della sua ricostruzione razionalizzatrice dell'istituto della Cassazione. Uso termini come “riformulazione” e “ricostruzione razionalizzatrice” perché il discorso di Calamandrei, se collocato nel momento storico in cui veniva svolto, non era certamente un'analisi descrittiva dell'istituto così come questo era positivamente disciplinato nell'ordinamento italiano: si trattava piuttosto della sovrapposizione, all'esperienza italiana, di un modello “puro” che per Calamandrei derivava in parte dal sistema francese e in parte dalla concettualizzazione dei caratteri che egli riteneva dovessero esser propri di una Corte di Cassazione. [...] Risulta quindi che il vero precedente della formulazione dell'art. 65 va ravvisato nell'elaborazione di Calamandrei, che costruisce assai più di quanto non descriva, piuttosto che nelle norme anteriori» (cfr. TARUFFO M., *Il vertice ambiguo*, cit., pp. 60-63).

<sup>468</sup> Cfr. TARUFFO M., *op. ult. cit.*, p. 63.

Altrimenti intuitivo è anche il secondo compito – sub *b*) – relativo alla garanzia circa l'*uniforme interpretazione* della legge: la Corte di cassazione, quale organo supremo di giustizia, deve provvedere affinché il diritto sia interpretato in modo uniforme da parte dei giudici di grado inferiore, nell'esigenza «che la stessa norma venga interpretata allo stesso modo nei vari casi concreti», sul presupposto che «questi, in quanto rientran[d]o nella fattispecie astratta definita dalla medesima norma, siano costituiti da fattispecie concrete uguali o almeno simili (o comunque assimilabili per il fatto che ad esse si applica la stessa norma [...])»<sup>469</sup>. Sul punto ritorneremo nel paragrafo conclusivo a cui si rimanda.

Venendo al primo – sub *a*) – e ben più interessante compito affidato alla S.C., occorre ora analizzare il concetto di *esatta osservanza* della legge. Sul punto TARUFFO avanza due interpretazioni, che qui si riportano per estratto: «secondo la prima, assicurare l'esatta osservanza della legge significa essenzialmente controllare che le decisioni sui singoli casi concreti siano rese sulla base di valide ragioni giuridiche. "Osservanza" diventa allora sinonimo di "applicazione" più che di "interpretazione" della legge; inoltre "assicurare l'osservanza" viene a significare "controllare che gli altri abbiano osservato", in piena coerenza con la collocazione gerarchicamente sovraordinata della Corte rispetto agli altri organi giudiziari. In altri termini, secondo questa prospettiva la funzione della Cassazione consiste nel prendere in esame le singole decisioni delle corti inferiori e nel controllare se in tali decisioni la legge è stata esattamente applicata. La seconda ipotesi interpretativa è nel senso di intendere l'esatta osservanza della legge come individuazione dell'interpretazione corretta delle norme giuridiche in sé considerate. Da questo punto di vista la funzione della Cassazione è d'interprete della legge, più e oltre che di controllore delle altrui interpretazioni/applicazioni; questa funzione si svolge in occasione dell'esame di decisioni su casi concreti, ma è volta a definire il "significato proprio" della norma, più che a verificare se questa è stata correttamente applicata nel singolo caso. Nell'interpretare, la Corte dovrebbe guardare anche (o forse principalmente) agli impieghi futuri della norma; in ogni caso, dovrebbe aver di mira l'individuazione del "significato generale" di essa, più che la verifica dell'uso che ne è stato fatto nel singolo caso»<sup>470</sup>.

È nostro avviso ritenere che sia corretta la prima di tali interpretazioni. Qualora infatti si volesse attribuire al sostantivo "osservanza" il significato di "interpretazione" non si

---

<sup>469</sup> *Ivi*, p. 71.

<sup>470</sup> *Ivi*, p. 65-66.



farebbe che ripetere quanto già detto in altre parti della norma, con la conclusione che la locuzione sarebbe stata superflua e il testo dell'articolo sarebbe potuto essere formulato più semplicemente unendo i due compiti nella locuzione “esatta *ed* uniforme interpretazione della legge” anziché “esatta *osservanza ed* uniforme *interpretazione*”.

Posto quindi che il significato di “osservanza” non possa coincidere con quello di “interpretazione”, pena una superflua ripetizione, non si può che concordare con la prima accezione individuata da TARUFFO, ossia che con “osservanza” si intenda perciò “applicazione”.

Ma in che cosa consisterebbe la *esatta applicazione*? Anzitutto si ricorda che l'art. 65, nell'affidare questi determinati compiti alla Suprema corte, li ha espressamente connessi alla sua natura di “organo supremo di giustizia”, con la conseguenza, per usare le parole di MAZZARELLA, che tali fini « sono assicurati dalla Corte in quanto giudice, sono cioè pur sempre fini propri della giurisdizione »<sup>471</sup>.

Calando il sostantivo “applicazione” nel contesto dell'esercizio della funzione giurisdizionale, si dovrebbe intendere che l'*esattezza* di cui parla la norma non può essere che la corretta applicazione della norma al fatto; l'esatta corrispondenza tra la fattispecie concreta da cui scaturiscono determinati effetti giuridici e la norma che li individua e li prevede al ricorrere di questa.

Ma, questo è fondamentale, perché l'applicazione sia *esatta* occorre che il magistrato di cassazione possa valutare le circostanze di fatto. La premessa indispensabile per la corretta applicazione di una norma, lo osserva sempre TARUFFO, «è data dalla regola per cui nessuna decisione può considerarsi giusta se, indipendentemente da come il giudice ha ragionato in diritto, è sbagliato l'accertamento dei fatti. La correttezza del giudizio di fatto è dunque una condizione (ovviamente non sufficiente, ma necessaria) della legalità della decisione, poiché appunto la norma viene correttamente applicata solo se esistono fatti che ne implicano e ne giustificano l'applicazione»<sup>472</sup>. Se la Cassazione avesse accesso al merito degli affari innanzi a lei recati potrebbe controllare che i giudici inferiori abbiano correttamente applicato la norma al fatto e, nel caso in cui così non dovesse essere, procedere essa stessa all'applicazione, garantendo, con la decisione nel merito, l'esatta applicazione della legge.

---

<sup>471</sup> Cfr. MAZZARELLA F., *Analisi del giudizio civile di cassazione*, cit., p. 25.

<sup>472</sup> Cfr. TARUFFO M., *op. ult. cit.*, p. 128.

Questa prospettiva non pare, a nostro avviso, collidere con i principi costituzionali.

Non vi sarebbe alcuna incompatibilità con il principio sancito dall'art. 3 cost., dal momento che il principio di uguaglianza ragionevole impone di *trattare in modo eguale situazioni ragionevolmente uguali e in modo diverso situazioni ragionevolmente diverse*<sup>473</sup>. Ora, se, come afferma TARUFFO, l'interpretazione della legge, «quando è finalizzata all'applicazione della norma ad un caso particolare, può essere orientata in due direzioni diverse: l'una mirante ad individuare la soluzione più giusta in rapporto alla peculiarità del caso concreto; l'altra mirante a stabilire a livello generale quale è il significato più giusto da attribuire alla norma» e tali due interpretazioni «possono anche divergere, quando ad es. i caratteri del singolo caso spingono ad adottare una soluzione interpretativa che non sarebbe altrimenti giustificabile o spiegabili in termini generali», si capisce come un giudizio che possa entrare nel merito della questione garantirebbe, con *cognizione di causa*, alla Suprema corte di trattare in modo eguale fattispecie ragionevolmente uguali ed in modo diverso fattispecie ragionevolmente diverse. Fermandoci solo al profilo di diritto, con una cognizione limitata in punto di fatto, come potrebbe pretendersi che una “massima” garantisca veramente un trattamento paritetico? O, in altre parole, come farebbe la Cassazione ad *escludere* che la fattispecie in quel momento sottoposta al suo esame sia analoga a quella precedentemente decisa, dal momento che in entrambi i casi alla Corte non è dato accedere a quei profili di fatto che potrebbero determinare divergenze nelle due casistiche?

La prospettiva sarebbe poi conforme al disposto dell'art. 111 cost., sia sotto il profilo della ragionevole durata del processo, dovendosi dare atto del fatto che la decisione nel merito della Corte porrebbe definitivamente fine alla controversia senza che questa si dilunghi in eterni ed alle volte ripetuti giudizi di rinvio; sia sotto il profilo del diritto soggettivo al ricorso per cassazione per violazione di legge: se, infatti, «s'intende la Cassazione come supremo organo di tutela dei diritti individuali e di giusta applicazione della legge nelle singole fattispecie concrete, l'ambiguità si risolve nel primo senso: la nomofilachia è la tutela dello *ius litigatoris*»<sup>474</sup>.

A noi sembra, in definitiva, che, a seguito dell'introduzione a livello costituzionale del riconoscimento (come diritto soggettivo) del ricorso per cassazione, l'art. 65 ord. giud.

---

<sup>473</sup> Cfr. BARBERA A., FUSARO C., *Corso di diritto pubblico*, VI ed., Il Mulino, Bologna, 2010, p. 185.

<sup>474</sup> Cfr. TARUFFO M., *op. ult. cit.*, p. 92.

possa essere letto in questa nuova prospettiva, permettendo quindi alla S.C. di valutare nel merito le controversie così giungendo a garantire non solo l'*esatta osservanza* (intesa come *esatta applicazione*) della legge, ma anche, e questo è oggetto di studio nel prossimo paragrafo, la sua uniforme interpretazione.

### 3.2. (segue) b) una S.C. garante dell'uniforme interpretazione della legge: per una giurisprudenza "creativa" ma non "creatrice" del diritto

Secondo TARUFFO, la scelta di una Cassazione in difesa dello *jus litigatoris* comporterebbe un rischio ed un costo: «il rischio è che, dovendosi interpretare la legge dal punto di vista del caso concreto, considerazioni *latu sensu* equitative finiscano con l'influenzare (o addirittura determinare) l'interpretazione; il costo è che, massimizzando l'aderenza dell'interpretazione al singolo caso, diminuisce la possibilità d'impiegare la stessa interpretazione per altri casi: viene meno cioè la possibilità di assicurare l'uniformità dell'interpretazione della legge»<sup>475</sup>.

Non vogliamo ritenere priva di pregio questa più che legittima preoccupazione, anzi. Non vi è alcun dubbio che, in un primo momento, l'attenzione al caso particolare possa comportare una sorta di disomogeneità tra le pronunce in ragione delle diverse sfumature che, in fatto, caratterizzano le singole controversie decise. Ciò su cui però si ripone la speranza è che, in una prospettiva futura, sia proprio questa "particolarità del caso di specie" a garantire una vera (e non fittizia) uniformità nell'interpretazione della legge.

Dopo un primo ed inevitabile periodo di assestamento, si potrebbe osservare che, quantomeno per le cause "seriali", potendo ragionare sulla medesima *base fattuale*, ciò che eventualmente si discosterebbe rispetto agli altri casi è proprio l'*argomentazione giuridica*. Ed è in questo contesto che si inserisce quell'attività, non tanto *creatrice* quanto *creativa* del diritto perché originata da uno specifico caso concreto, che porterebbe, attraverso il dialogo, ad una interpretazione condivisa, perché condivisibile, della norma.

Un magistrato di corte di appello ha recentemente scritto:

«Far parte di un sistema, condividere regole e prassi significa lavorare per la sua coerenza, per l'omogeneità, nella consapevolezza che questo avvicina il più possibile ad un ideale di "prevedibilità" delle decisioni, inteso come sforzo massimo possibile di dare risposte di giustizia uguali per tutti [...].

---

<sup>475</sup> *Idem.*

Essere inseriti in un sistema significa, anzitutto, partecipare alla sua vita e al suo evolversi, significa far tesoro delle diversità, partendo da ciò che c'è dietro di esse, ossia il ragionamento che ha condotto ad una decisione.

Nel leggere, a volte, sentenze di Cassazione che sono basate su lunghi “elenchi” di precedenti conformi, quello che sfugge è proprio il senso della decisione, la comprensione del “perché” di quella decisione, che non sia un mero rimando a quanto già deciso; così facendo si ricade nell'operazione matematica, nel “prodotto” autoreferenziale, servito al giudice di merito/consumatore.

Decidere, per il giudice, significa invece poter ragionare contando sulla conoscenza dello “stato dell'arte”; e per far questo ha bisogno di avere davanti a sé decisioni della Cassazione che diano conto del dibattito in corso, di quali siano gli argomenti in discussione, di *come* si arrivi ad una od all'altra interpretazione: il giudice deve potersi muovere ragionando in un percorso conoscibile, che consenta scelte argomentate.

Con questo approccio, “scegliere” per il giudice di merito non è più un'operazione passiva, perché la sua decisione si inserisce in una corrente che procede a due sensi: vista dall'opposta prospettiva, ossia dal punto di vista della Cassazione, una decisione del giudice di merito potrebbe a sua volta diventare un elemento propulsivo, fornendo un contributo vero (non un numero da inserire in una lista), proprio perché si inserisce in un dibattito e non lo subisce.

In questa ottica, il tempo diventa una risorsa preziosa: ci vuole tempo per ragionare ma anche spazio per argomentare in termini non omogenei, procedendo per tentativi; bisogna lasciare, insomma, al giudice di merito la possibilità di coccolare la propria decisione in un terreno da coltivare, fino a quando le argomentazioni conducano – allora sì – alla condivisione diffusa e finiscano per formare “giurisprudenze” (al plurale), e, infine, a decisioni della Cassazione che rappresentino veramente il prodotto di un sistema.

In questa ottica, paradossalmente, la coesistenza di interpretazioni non uniformi non rappresenta un dato negativo, ma una possibilità, e, plasticamente, un “momento” utile: perché, cioè, le decisioni rappresentino la propria “storia”, la propria origine, esse saranno sempre fattori propulsivi, perché genereranno sempre decisioni a loro volta dinamiche e non mere passive ricezioni di indirizzi»

(RIZZARDI B., *Il giudice di merito e la Corte di cassazione: alla ricerca della nomofilachia perduta*)<sup>476</sup>

Decidere, se ci si consente l'espressione, a “bocce ferme”, nel senso di operare su casi che riportano la medesima base fattuale, permetterebbe di raffinare quell'argomentazione

---

<sup>476</sup> Cfr. RIZZARDI B., *Il giudice di merito e la Corte di cassazione: alla ricerca della nomofilachia perduta*, in *Questione giustizia*, 3/2017, p. 19 e ss.

giuridica che per secoli ha caratterizzato nell'eccellenza la nostra giurisprudenza, e che sarebbe raggiunta proprio nella circostanza per cui il confronto non potrebbe porsi se non sul piano del ragionamento giuridico.

In questa ottica, è nostro parere, il filtro previsto dall'art. 360-*bis* c.p.c. assumerebbe poi una maggiore compatibilità con i principi costituzionali del diritto al ricorso (art. 111, co. 7 cost.) e della soggezione del giudice solo alla legge (art. 101, co. 2 cost.).

Ad oggi si sostiene che «il concetto di “legge” cui si riferisce l'art. 111, comma 7° cost. oggi dovrà per forza essere rimeditato, alla luce del fatto che il ricorso con cui si denuncia la “violazione di legge” è destinato ad essere respinto se il provvedimento impugnato è conforme alla giurisprudenza consolidata del supremo Collegio (non alla “legge”) e se il ricorrente non proponga argomenti che la medesima Corte ritenga sufficienti a giustificare un mutamento della propria giurisprudenza», ed ancora, con riferimento all'art. 101, co. 2 cost., che se «la legittimità di una sentenza dipende in larga misura dalla sua conformità alla giurisprudenza consolidata della suprema Corte, è doveroso chiedersi se la garanzia dell'indipendenza del giudice sia ancora sufficientemente assicurata dalla sua soggezione “soltanto alla legge”, o sia necessario, a livello normativo, introdurre qualche ulteriore correttivo che ricollochi, e consolidi meglio nel mutato quadro normativo, questa fondamentale garanzia»<sup>477</sup>.

Dal momento che, per i motivi sopra enunciati, la giurisprudenza potrebbe venire a consolidarsi in ragione non già di astratti enunciati applicabili ad una generalità di casi, ma su specifiche argomentazioni nel tempo maturate dal confronto dei diversi ragionamenti decisorii riferiti alla medesima base fattuale, si intende che lo sbarramento previsto dall'art. 360-*bis* c.p.c. si spiegherebbe nel bilanciamento di due principi costituzionali: il diritto al ricorso da un lato e la ragionevole durata del processo dall'altro. Dal momento, infatti, che su quello specifico fatto, individuato nelle sue peculiarità, la giurisprudenza è pervenuta a ritenere applicabile la data norma nel tal senso interpretata (non tanto perché è così stata individuata dalla Cassazione, quanto in ragione del fatto che a tale interpretazione, condivisa perché condivisibile, si è giunti attraverso l'analisi e la *reductio ad unum* delle diverse argomentazioni giuridiche che si sono nel tempo prospettate sulla questione), ragioni di economia processuale imporrebbero la declaratoria di inammissibilità del ricorso a motivo della sua sostanziale “terminalità”.

---

<sup>477</sup> Cfr. GRAZIOSI A., *Riflessioni in ordine sparso sulla riforma del giudizio in cassazione*, cit., p. 50.

Del resto anche la “valvola di sfogo”, individuata dalla norma nella circostanza per cui qualora dall’esame dei motivi risultino elementi per confermare o mutare l’orientamento consolidato della Corte il ricorso non possa essere dichiarato inammissibile, si potrebbe calare nel contesto da noi prospettato: gli “elementi” non potrebbero che essere degli spunti per una nuova e diversa argomentazione in diritto sulla medesima questione di fatto. In tal modo, una spinta al “dialogo” che approfondisce e migliora il ragionamento giuridico, non sarebbe esercitata sulla base delle sole argomentazioni del giudice, latamente inteso, ma anche dalla classe forense.

## CONCLUSIONI

«Les Officiers du Tribunal de cassation ne devoient pas porter le nom de Juges: on connoît l'empire des mots sur les choses: ceux que vous auriez nommés Juges voudroient juger; le Peuple lui-même voudroit qu'ils jugeassent»

(CHABROUX, *Gazette Nationale, ou Le moniteur universel*, vol. novembre 1789 – giugno 1790, p. 597)

Coloro che chiameremo Giudici vorranno giudicare; il Popolo stesso vorrà che giudichino.

Questa frase, citata già nelle note introduttive di questo studio, rappresenta il filo conduttore dell'intera indagine che abbiamo voluto svolgere.

In queste pagine si è cercato di far luce su quello che era la Corte di cassazione ai suoi arbori, nella disciplina d'Oltralpe ed in quella italiana; si è cercato di indagare sulle evoluzioni ideologiche e pratiche del modello e sulle contraddizioni che esso, *ab origine*, mostrava; e si è cercato di rendere almeno un'idea di quello che fu il travagliato *iter* che portò la Cassazione, così come oggi la conosciamo, a sedere a Palazzo di Giustizia. Si è giunti, infine, a riflettere sulla circostanza che il divieto di accesso al fatto nel giudizio di Cassazione non possa che ritenersi uno strascico anacronistico di una passata (e quasi mai esistita al di fuori degli intendimenti programmatici dei legislatori rivoluzionari) istituzione.

Dall'analisi condotta siamo giunti ad individuare una sorta di *circolarità* nella storia della Cassazione, caratterizzata dal fatto che, a prescindere dagli scopi che astrattamente il Legislatore (ciascuno nella sua epoca) aveva inteso affidargli, l'organo ha sempre trovato la via per allargare le maglie del proprio sindacato cercando di rendere giustizia, per così dire "sostanziale", ai litiganti.

Così è accaduto per il *Conseil des parties*, che da organo teso per definizione alla tutela dello *jus constitutionis* (in quel caso, la volontà del sovrano legislatore) si è trasformato, una volta previsto un controllo diffuso sul ricorso, ad organo attento allo *jus litigatoris*; così è accaduto, in modo ancor più evidente, con il *Tribunal de cassation* che da organo espressamente qualificato come para-legislativo, istituito infatti *auprès du Corps législatif*, si è trasformato da *sentinelle établie pour maintien des lois* a organo giurisdizionale. A prescindere infatti dal formale riconoscimento della natura giurisdizionale, occorsa solo

nel 1804 con la ridenominazione in *Cour de cassation*, si è infatti avuto modo di notare il medesimo ampliamento, in un'ottica di tutela sempre maggiore dello *jus litigatoris*, circa i limiti della sua cognizione, che dal solo motivo di *contravention expresse au texte de la loi* si è estesa sino a ricomprendere la *fausse application de la loi* che avrebbe poi permesso la sindacabilità del c.d. *défaut de base légale*. Del resto, rileva SPANGHER, «il passaggio dalla falsa interpretazione alla falsa applicazione della legge è una strada senza ritorno che parte dal diritto e giunge al fatto»<sup>478</sup>.

Anche la storia italiana ha dimostrato una particolare inclinazione dei giudici di cassazione alla sempre maggior tutela dello *jus litigatoris*. L'analisi di comparazione tra i codici del 1847, 1859 e 1865 lo dimostra; così come lo dimostra la cospicua letteratura scientifica che si è formata, in particolare dalla metà del secolo scorso, sul c.d. vizio logico di motivazione.

La conclusione a cui siamo pervenuti è che tale ampliamento, teso in estrema sintesi alla risoluzione del caso concreto secondo criteri di giustizia sostanziale, non è che un dato connaturato alla natura giurisdizionale dell'organo di Cassazione.

Ma allora, se la Corte di cassazione è un giudice e si comporta da giudice, perché non prenderne semplicemente atto, permettendo l'accesso alla cognizione del fatto?

Il divieto di accedere a *le fond des affaires* aveva un senso nell'originaria concezione dell'organo di cassazione, una concezione che abbiamo visto essere meramente “ideale” fin dalle sue origini: la Cassazione era pensata come un organo di controllo, una «*sentielle établie pour le maintien des lois*»<sup>479</sup> che però non poteva essere che estranea all'ordine giudiziario. Come rileva giustamente SATTA, il concetto dominante posto alla base dell'istituzione era infatti quello di «custodire la legge, e quindi sorvegliare il potere giudiziario, non farne parte, annullare le sentenze, non giudicare»<sup>480</sup>. È questo “orrore del giudizio”<sup>481</sup> che giustificava il divieto di accesso al fatto: l'organo, essendo istituito *auprès*

---

<sup>478</sup> Cfr. SPANGHER G., *Trattato di procedura penale*, op. cit., p. 633.

<sup>479</sup> In questi termini il *Tribunal de cassation* venne definito da PRIEUR, nel suo intervento alla seduta del 10 novembre 1790, pubblicato sulla *Gazette Nationale* del 12 novembre 1790, n. 316 (cfr. *Gazette Nationale, ou Le moniteur universel*, n. 316 del 12 novembre 1790, in *Gazette Nationale, ou Le moniteur universel*, vol. Luglio - Dicembre 1790, p. 1306 consultabile online alla pagina web: <https://archive.org/stream/gazettenationale1790panc#page/1306/mode/1up>).

<sup>480</sup> Cfr. SATTA S., *Passato e avvenire della Cassazione*, op. cit., p. 949.

<sup>481</sup> Espressione utilizzata SATTA per indicare quello che si configurava come il maggior timore dei legislatori rivoluzionari che però, secondo l'a., non aveva invero riscontro pratico nella realtà: «Noi non siamo in grado di dire quanto siffatta preoccupazione rispondesse all'attuale realtà: è molto probabile che non avesse alcuna rispondenza, né oggettiva né soggettiva, e cioè che nessun giudice pensasse davvero in quel tempo di farsi legislatore. Più facile è se mai pensare che i legislatori rivoluzionari sentissero più o meno oscuramente che



*du Corps législatif*<sup>482</sup>, non poteva giudicare in alcun modo la controversia, né direttamente, scendendo nella cognizione del merito, né indirettamente, influenzando la decisione del giudice di rinvio, ma si doveva limitare a “dichiarare”, nel dispositivo, «*le texte de la loi ou des lois sur lesquelles la décision sera appuyée*»<sup>483</sup> senza necessità alcuna di motivazione<sup>484</sup> (o peggio, di *interpretazione!*), evitando così una possibile indiretta intromissione nel merito della controversia.

Da allora sono passati secoli. L’«orrore del giudizio» è venuto meno e si è preso atto del fatto che la legge non è e non può essere perfetta ed autoreferenziale.

Così ci siamo fermati a riflettere sulla possibilità di lasciare al passato questo divieto ad oggi privo di fondamento razionale, e contemplare l’ipotesi di una Suprema corte che possa valutare del materiale assunto nei precedenti gradi di giudizio e decidere nel merito.

Una simile prospettiva non sarebbe in contrasto con i principi costituzionali ed anzi si inserirebbe in modo efficace nel quadro europeo potendo portare a un dialogo più proficuo le Alte Corti: più opportuno nel caso di interpello alla Corte EDU, così come recentemente si è previsto con l’approvazione del protocollo XVI alla Cedu<sup>485</sup>, che è giudice di merito; più efficiente nel caso di rinvio alla Corte di giustizia dell’UE, dal momento che «i giudici di Lussemburgo», sul punto si richiamano le parole di BIAVATI, «che pure possiedono una competenza limpidamente interpretativa, distinta da quella di organo che decide sulle impugnazioni, rifiutano di dare pronunce su casi astratti, ma impongono che vi sia un collegamento utile ad una fattispecie nazionale concreta»<sup>486</sup>.

---

la legge vive nel giudice che la applica, e volessero premunirsi contro l’imminente pericolo del giudizio; più giusto ancora ritenere che il ricordo storico [lotta tra il sovrano e i parlamenti nell’*ancien régime*, nda] fosse il veicolo per il quale si facesse strada l’esigenza del rispetto della Legge come tale, della Legge che esiste per sé stessa, come un’assoluta realtà, conoscibile *a priori* e conosciuta.» (Satta, *op. ult. cit.*, p. 948).

<sup>482</sup> Art. 1 del Decreto istitutivo: “*Il y aura un Tribunal de cassation établi auprès du Corps législatif*”, cfr. TARBE DES SABLONS A.P., *Cour de cassation. Lois et règlements*, *op. cit.*, §518, p. 241 consultabile altresì sul sito internet: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f255.image>.

<sup>483</sup> Art. 17 del Decreto istitutivo: “*L’intitulé du jugement de cassation portera toujours, avec les noms des parties, l’objet de leur demande, et le dispositif contiendra le texte de la loi ou des lois sur lesquelles la décision sera appuyée*”, cfr. TARBE DES SABLONS A.P., *Cour de cassation. Lois et règlements*, *op. cit.*, §534, p. 244 consultabile altresì sul sito internet: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f258.image>.

<sup>484</sup> Sulla base di tale rilievo, Spangher esclude la natura nomofilattica della Cassazione nonostante il fatto che la stessa, secondo l’a., «nell’intento dei legiferatori (...) doveva *maintenir l’unité de la législation et de prévenir la diversité de jurisprudence*» cfr. SPANGHER G., *Trattato di procedura penale*. Vol. V. *Impugnazioni*, Utet, Torino, 2009, p. 629-630.

<sup>485</sup> Sul dialogo tra Cassazione e Corte Edu v. IACOVIELLO F. M., *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Cass. Pen.*, 2/2011, pp. 794 e ss.

<sup>486</sup> Cfr. BIAVATI P., *Brevi note sul nuovo procedimento in Cassazione*, cit. p. 1217-1218, nota 9.

Una Suprema corte che possa decidere nel merito non impedirebbe, infine, il formarsi di una più che auspicabile uniformità nell'interpretazione della legge ma porterebbe, e per le argomentazioni a sostegno di tale affermazione si rimanda al testo, ad una giurisprudenza *creativa* ma non *creatrice* del diritto, mantenendo sempre al centro la tutela dello *jus litigatoris*.

Un'ultima considerazione appare opportuna e con tale ci si accinge a concludere: è ovvio che un sistema come quello prospettato implichi un notevole impiego di risorse, primo tra tutte quello necessario all'implementazione nelle piante organiche. Il problema delle risorse non è certamente irrisorio e deve essere attentamente valutato, ma ciò non deve portare alla naturale implosione che un sistema fondato su riforme "a costo zero" condurrebbe. L'amministrazione della giustizia può considerarsi in questo senso come un "investimento"; certamente dispendioso e sicuramente "in perdita" in un primo momento, ma solo in quello. Un sistema che funzioni, che garantisca una giustizia effettiva, che assicuri un'adeguata preparazione ai propri operatori ed un organico che risponda a quelle che sono le esigenze di giustizia non potrà che dare i suoi frutti. Queste valutazioni, del resto, devono poi essere condotte anche alla luce di quelle spese, altrimenti evitabili, che l'Italia è costretta ad affrontare come sanzione per la propria inefficienza in ambito giudiziario. Le considerazioni finora svolte, si è avuto modo di vedere, erano per gran parte maturate già due secoli addietro. Ebbene, se i problemi di oggi non sono che gli stessi di ieri, forse è il caso di operare affinché non si presentino poi anche come quelli del domani. Ci sia in questo senso permesso di ricordare parole che, seppur scritte oltre un secolo fa, potrebbero leggersi oggi in una qualsiasi rivista giuridica:

«Ma bisogna fare economia, e l'istituzione delle corti di terza istanza accrescerebbe il bilancio della giustizia. Ecco l'altro grande argomento. Bisogna fare tutte le economie possibili e chiunque ai tempi che corrono e nelle condizioni finanziarie nelle quali si trova l'Italia proponga di spendere uno scudo oltre ciò che è assolutamente indispensabile contratta una grave responsabilità e merita rimprovero. Ma in primo luogo, cosa ha di più necessario e di più indispensabile che una buona e perfetta amministrazione della giustizia? Per quanto difficili possano essere le di lei condizioni finanziarie l'Italia non vorrebbe certamente che si dicesse che, organizzando la sua magistratura, ha preferito l'ordinamento che costava meno a quello per cui la giustizia fosse meglio amministrata. Non sono davvero queste le economie che desidera l'Italia. In secondo luogo è egli vero che il sistema della cassazione sia più economico per le finanze che quello della terza istanza?»

(DE FORESTA G., *Cassazione o terza istanza?*, in *L'Opinione*, 13 ottobre 1868)

**BIBLIOGRAFIA**  
**(in ordine alfabetico)**

- ACIERNO M., CURZIO P., GIUSTI A., (a cura di), *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, Cacucci, Bari, 2011
- ALPA G., CARBONE V., *Giurisdizioni di legittimità e regole di accesso. Esperienze europee a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2011
- ALVAZZI DEL FRATE P., *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Giappichelli, Torino, 2005
- AMOROSO G., *Il giudizio civile di cassazione*, Giuffrè, Milano, 2012
- ARGINE S., *Cassazione e terza istanza nell'esperienza storica lombarda*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, n. 3, p. 608
- ARRÒ F., *Del magistrato di cassazione. Comento al Regio editto 30 ottobre 1947 ed all'annesso regolamento*, Fratelli Favale, Torino, 1948
- BIAVATI P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, Giuffrè, Milano, 1992
- BIAVATI P., *Argomenti di diritto processuale civile*, Bononia University Press, Bologna, 2013
- BIAVATI P., *Brevi note sul nuovo procedimento in Cassazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 4/2017, p.1209
- BIAVATI P., *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rassegna Tributaria*, n. 5, 2007
- BOBBIO N., voce *Fatto normativo*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Giuffrè, 1967, p. 988
- BOVE M., *Ancora sul controllo della motivazione in Cassazione*, in *Atti dell'incontro di studio Le novità in materia di impugnazioni*, Firenze, 12 Aprile 2013, ora pubblicato in *Giust. proc. civ.*, 2/2013, p. 431
- BOVE M., *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di cassazione: riflessioni sul "nuovo" art. 360, n. 5, c.p.c.*, in *Giust. proc. civ.*, 3/2012, p. 677
- BOVE M., *Il sindacato della Corte di Cassazione in relazione all'applicazione del concetto di giusta causa di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, vol. II, p. 445
- BOVE M., *Il sindacato della Corte di cassazione. Contenuto e limiti*, Giuffré, Milano, 1993
- BOVE M., *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, vol. II, p. 947
- BOVE M., *La decisione nel merito della Corte di cassazione dopo la riforma*, in *Giust. proc. civ.*, 3/2007, vol. II, p. 765
- CABERLOTTO E., *Cassazione e Corte di Cassazione*, in *Dig. Ita*, vol. VII, parte I, Torino, 1887-1896
- CALAMANDREI P. – FURNO C., voce *Cassazione civile*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. II, Utet, 1958 p. 1053

- CALAMANDREI P., *La Cassazione civile. Vol. I. Storia e legislazioni* (1920), in *Opere giuridiche*, (a cura di M. CAPPELLETTI) vol. VI, Morano, Napoli, 1976
- CALAMANDREI P., *La Cassazione civile. Vol. II. Disegno generale dell'istituto*, (1920), in *Opere giuridiche*, (a cura di M. CAPPELLETTI) vol. VII, Morano, Napoli, 1976
- CALAMANDREI P., *La cassazione e i giuristi*, pubblicato in *Il Tribunale*, a. XII, 1933, n. 12; ora in *Opere giuridiche*, vol. VII, Morano, Napoli, 1976
- CALAMANDREI P., *Per il funzionamento della Cassazione unica* (1924), in *Opere giuridiche*, (a cura di M. CAPPELLETTI) vol. VIII, Morano, Napoli, 1979
- CALAMANDREI P., *Studi sul processo civile, Vol. I*, Cedam, Padova, 1930
- CALAMANDREI P., *Studi sul processo civile. Vol. IV*, Cedam, Padova, 1957
- CALAMANDREI P., *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Studi sul processo civile*, vol. XI, Cedam, Padova, 1957, p. 111
- CALOGERO G., *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Cedam, Padova, 1964
- CANDIAN A., REDENTI E., LOFFREDO A., *Per l'ordinamento giudiziario*, in Collana «Quaderni di "Temì"», Giuffrè, Milano, 1946
- CANZIO G., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Contratto e impresa*, 2/2017, pp. 364 e ss. pubblicato anche in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)
- CAPONI R., *La riforma dei mezzi di impugnazione*, Atti del Convegno *Il nuovo giudizio di Cassazione dopo la legge n. 134 del 2012*, Roma, 8 Novembre 2012
- CAPPONI B., *L'omesso esame del n. 5) dell'art. 360 c.p.c. Secondo la Corte di cassazione*, in *Judicium*, consultabile al link: <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/658/B.%20Capponi.pdf>
- CARCANO G., *Sul quesito: Cassazione o terza istanza?*, in «*Monitore dei Tribunali*», pubblicato a più riprese a partire dal 1866 n. 39, p. 911; (continua) n. 40, p. 929; (continua) n. 41, p. 953; (continua) n. 44, p. 1025; (continua) n. 45, p. 1057; (continua) n. 47, p. 1089
- CATALDI G., *Ruolo e funzione della Corte di cassazione: il punto di vista del giudice d'appello*, in *Quest. giust.*, 3/2017, p. 14
- CHÈNON È., *Origines, conditions, et effets de la cassation*, Larose et Forsel, Paris, 1882, consultabile online alla pagina web: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57841400/f55.image.r=origines,%20conditions%20et%20effets%20de%20la%20cassation.langEN>
- CHÈRUEL A., voce *Parlement*, in *Dictionnaire historique des institutions, mœurs et coutumes de la France*, partie II, 6° ed., L. Hachette, Paris, 1884, p. 943 consultabile online: <https://archive.org/stream/dictionnairehist02cher#page/943/mode/1up>
- CHIARLONI S., *Efficacia del precedente giudiziario tipologia dei contrasti di giurisprudenza relazione in La giurisprudenza per massime e valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile nella collana Le monografie di contratto e impresa*, serie diretta da Francesco Galgano, a cura di VISINTINI G., Cedam, Padova, 1988

- CHIARLONI S., *La garanzia costituzionale dell'accesso in Cassazione*, Atti del Convegno *Giurisdizione di legittimità e regole di accesso nell'esperienza Europea*, Roma, 5 marzo 2010, relazione pubblicata sul sito internet del CNF: [www.consiglionazionaleforense.it/site/home/eventi/archivio-eventi/articolo6300.html](http://www.consiglionazionaleforense.it/site/home/eventi/archivio-eventi/articolo6300.html)
- CHIARLONI S., *Ragionevolezza costituzionale e garanzie del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, n. 3, p. 521
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Puntate 1 a 4, Jovene, Napoli, 1913
- CIPRIANI F. (a cura di), *La riforma del giudizio di Cassazione. Commentario al D. Lgs 2 febbraio 2006, n. 40, capo I e alla L. 18 giugno 2009, n. 69, capo IV*, Cedam, Padova, 2009
- CLÈMENT P.P., *Lettres, instructions et mémoires de Colbert. Tome VI: Justice et police, affaires religieuses, affaires diverses*, Paris, 1861-1873, consultabile online: <https://archive.org/stream/lettresinstructi06colbuoft#page/5/mode/1up>
- COMOGLIO L.P., FERRI C., TARUFFO M., *Lezioni sul processo civile. Vol. I. Il processo ordinario di cognizione*, Il Mulino, Bologna, 2005
- CONSOLO C., *La revocazione delle decisioni della cassazione e la formazione del giudicato*, Cedam, Padova, 1989
- CONSOLO C., *Nuovi ed insindacabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di "svaporimento"*, in *Corr. giur.*, 10/2012, p. 1133
- CONSOLO C., *Sul "processo di cassazione in funzione di una decisione tendenzialmente sostitutiva pur se nomofilattica"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 1/2007, p. 297
- COSTANTINO G., *Gli effetti sul giudizio di Cassazione della riforma dell'appello*, Atti del Convegno *Il nuovo giudizio di Cassazione dopo la legge n. 134 del 2012*, Roma, 8 Novembre 2012
- CURZIO P., *Il futuro della Cassazione*, in *Quest. giust.*, 3/2017, p. 60
- D'ADDIO M., *Politica e magistratura (1848-1846)*, Giuffrè, Milano, 1966
- DALFINO D., *Giurisprudenza "creativa" e prevedibilità del "diritto giurisprudenziale"*, in *Il giust. proc. civ.*, 4/2017, p. 1023
- DALLOZ D., voce *Cassation-Cour de cassation*, in *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public: jurisprudence générale*, tomo 7, Paris, 1847, p. 1, consultabile online: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k415585m/f4.image.r=R%C3%A9pertoire%20m%C3%A9thodique%20et%20alphab%C3%A9tique%20de%20l%C3%A9gislation.lan%20gEN>
- DALLOZ D., voce *Conseil des parties*, in *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public: jurisprudence générale*, tomo 12, Paris, 1851, p. 251, consultabile online: [http://books.google.it/books?id=jDgyAAAAIAAJ&printsec=frontcover&hl=it&source=gbg\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=true](http://books.google.it/books?id=jDgyAAAAIAAJ&printsec=frontcover&hl=it&source=gbg_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=true)

- DE CHIARA C., *Introduzione a “A cosa serve la Corte di cassazione?”*, in *Quest. giust.*, 3/2017, p. 7
- DENISART J.B., voce *Conseil du roi*, in *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives a la jurisprudence. Tome V*, chez la veuve Desaint, Paris, 1786, p. 230 ss. consultabile online alla pagina web: <https://archive.org/stream/collectiondedci01bayagoog#page/n243/mode/1up>
- DENTI V., *A proposito di Corte di cassazione e di nomofilachia*, in *Foro It.*, 1986, vol. V, p. 419
- DI CERBO V., *Banche dati di giurisprudenza, nomofilachia e trasparenza dell'attività giurisdizionale. L'esperienza del Ced della Corte di cassazione*, in *Quest. giust.*, 3/2017, p. 93
- DIDONE A., *Ancora sul vizio di motivazione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5 c.p.c. e sul tassello mancante del modello di Toulmin*, in *Giust. proc. civ.*, 2/2013, p. 631
- DIDONE A., *Note sull'appello inammissibile perché probabilmente infondato e il vizio di motivazione in Cassazione dopo il decreto legge c.d. “sviluppo” (con il commento anticipato di Calamandrei)*, Atti del Convegno *Il nuovo giudizio di Cassazione dopo la legge n. 134 del 2012*, Roma, 8 Novembre 2012
- FABIANI E., *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Utet, Torino, 2003
- FALZEA A., voce *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Giuffrè, 1967, p. 941
- FAZZALARI E., *Il giudizio civile di Cassazione*, Giuffrè, Milano, 1960
- FERRUA P., *Il “giusto processo”*, Zanichelli, Bologna, 2012
- FINZI E., *Recensione alla “Cassazione civile, vol. I, Storia e legislazione. Vol. II. Disegno generale dell'Istituto”*, in *Archivio giuridico* (Filippo Serafini), n. 87, 1922, p. 109
- FONTANA G., *Il filtro magico in nome della nomofilachia (profili costituzionali dell'art.360bis c.p.c.)*, pubblicato negli Studi in onore di Franco Modugno, II, Napoli, 2011, consultabile online alla pagina web: [http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/paper/0294\\_fontana.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0294_fontana.pdf)
- FRANCESCHELLI M., *Nomofilachia e corte di cassazione*, in *Giust. cost.*, 1986, p. 39
- GLASSON E., voce *Cassation*, in *La grande encyclopédie: inventaire raisonné des sciences, des lettres et des arts*, tomo 9, Lamirault, Paris, 1885-1902, p. 679 consultabile online alla pagina web: <https://archive.org/stream/agf6662.0009.001.umich.edu#page/679/mode/1up/search/cassation>
- GRAZIOSI A., *Piccole variazioni in tema di errores in procedendo e accertamento del fatto nel giudizio in Cassazione*, in *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, Bononia University Press, Bologna, 2012
- GRAZIOSI A., *Riflessioni in ordine sparso sulla riforma del giudizio in Cassazione (l. n. 69 del 2009)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010
- IACOVIELLO F.M., *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. Pen.*, 2/2011, p. 794



- IMPAGNATIELLO G., *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in Cassazione*, in *Giust. proc. civ.*, 3/2012, p. 735
- LANDI V., *L'organizzazione giudiziaria del Regno delle Due Sicilie*, in N. PICARDI – A. GIULIANI (a cura di), *L'ordinamento giudiziario, vol. I: Documentazione storica*, Maggioli, Rimini, 1985
- LOMBARDO L., *Il sindacato di legittimità della Corte di Cassazione*, Giappichelli, Torino, 2015
- LORENZETTO PESERICO A., *Errori in procedendo e giudizio di fatto in cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 638
- MAZZARELLA F., *"Fatto e diritto" in Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, vol. I, p. 82
- MAZZARELLA F., *Analisi del giudizio civile di cassazione*, 3° ed., Cedam, Padova, 2003
- MAZZARELLA F., *Passato e presente della cassazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, p. 88
- MECCARELLI M., *Le Corti di Cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Giuffrè, Milano, 2005
- MOCCHEGIANI M., *L'istituto del vizio di motivazione nel ricorso per cassazione: per una ricostruzione storica e comparatistica*, Tesi di laurea discussa alla Scuola di Giurisprudenza, Università di Bologna, a.a. 2013/2014
- MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile. Vol. I: Teoria e sistema della giurisdizione civile*, Vallardi, Milano, 1910
- MORTET CH., voce *Conseil du roi*, in *La grande encyclopédie: inventaire raisonné des sciences, des lettres et des arts*, tomo 12, Lamirault, Paris, 1885-1902, p. 493  
consultabile online alla pagina web:  
<https://archive.org/stream/agf6662.0012.001.umich.edu#page/493/mode/1up>
- MOSCHELLA R., voce *Fatto giuridico*, in *Enc. giur.*, vol. XV, tomo I, 1991, p. 1
- NASI A., voce *Fatto (giudizio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Giuffrè, 1967, p. 967
- PADOA SCHIPPA A., *Storica del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 2007
- PANZAROLA A., *La Cassazione civile giudice del merito. Vol. I. Cassazione e terza istanza*, Giappichelli, Torino, 2005
- PANZAROLA A., *La Cassazione civile giudice del merito. Vol. II. Cassazione e decisione di merito*, Giappichelli, Torino, 2005
- PASSANANTE L., *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Giappichelli, Torino, 2018
- PERETTI-GRIVA D.R., *Per il ripristino delle Cassazioni regionali*, in *Giur. It.*, 1946, parte IV, p. 40
- PESCATORE M., *Filosofia e dottrine giuridiche. Vol. II*, Fratelli Bocca, Torino, 1881
- PICARDI N., GIULIANI A. (a cura di), *L'ordinamento giudiziario, vol. I: Documentazione storica*, Maggioli, Rimini, 1985

- PICARDI N., *Introduzione*, in *Code Louis, I, Ordonnance civile 1667*, Milano, Giuffré, 1996
- PICCININNI L., *I motivi di ricorso in Cassazione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, n. 2, p. 407
- PIZZORUSSO A., voce *Iura novit curia*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, tomo I, p. 1
- PROTO PISANI A., *Principio d'eguaglianza e ricorso per cassazione*, Atti del Convegno *Giurisdizione di legittimità e regole di accesso nell'esperienza Europea*, Roma, 5 marzo 2010, relazione pubblicata sul sito internet del CNF: [www.consiglionazionaleforense.it/site/home/eventi/archivio-eventi/articolo6300.html](http://www.consiglionazionaleforense.it/site/home/eventi/archivio-eventi/articolo6300.html)
- PUNZI C., *Giudizio di fatto e giudizio di diritto. I. Premesse generali*, Giuffré, Milano, 1963
- PUNZI C., *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte del diritto?*, in *Historia et ius*, 1/2012, consultabile online alla pagina internet [www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/punzi.pdf](http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/punzi.pdf)
- RESCIGNO P., PATTI S., *La genesi della sentenza*, Il Mulino, Bologna, 2016
- RICCI G.F., *Il giudizio civile di Cassazione*, Giappichelli, Torino, 2013
- RICCI G.F., *La Suprema corte tra funzione nomofilattica e tutela dello ius litigatoris. Il problema alla luce del controllo della motivazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2/2009, p. 571
- RIZZA C., *Controllo di legittimità e rivalutazione del fatto nel sindacato della Cassazione sul c.d. vizio logico*, commento alla sent. Cass. civ., sez. III, 8 maggio 2012, n. 6931, in *Riv. dir. proc.*, 2013, n. 3, p. 736
- RIZZARDI B., *Il giudice di merito e la Corte di cassazione: alla ricerca della nomofilachia perduta*, in *Quest. giust.*, 3/2017, p. 19
- ROSELLI F., *Clausole generali e nomofilachia*, Atti del Convegno *Principi, clausole generali e nomofilachia*, Roma, 10 Ottobre 2013
- ROTONDI M., *Considerazione in "fatto" e in "diritto"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, vol. II, fasc. 3/1977, p. 949
- ROTONDI M., voce *Interpretazione della legge*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. VIII, Utet, Torino, 1962, p. 893
- ROVELLI L., *La crisi della giustizia civile. Diagnosi e terapie*, in *Giur. It.*, 2009 (gennaio-marzo), p. 514
- RUSCIANO S., *Nomofilachia e ricorso in Cassazione*, Giappichelli, Torino, 2012
- SACCO R., *La massima mentitoria*, relazione in *La giurisprudenza per massime e valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile nella collana Le monografie di contratto e impresa*, serie diretta da Francesco Galgano, a cura di VISINTINI G., Cedam, Padova, 1988
- SALA E., *Osservazioni critiche sulla istituzione del Tribunale di Cassazione*, in *Mon. Trib.*, pubblicato a più riprese nel 1860 a partire dal n. 112, p. 889; (continua) n. 119, p. 945; (continua) n. 122, p. 967, (continua) nn. 123-124, p. 978; (continua) p. 1012
- SANDONNINI C., *Della Corte di Cassazione e dei tribunali di terza istanza*, in *Mon. Trib.*, pubblicato a più riprese nel 1861 a partire dal nn. 107-109, p. 841; Parte I



- (continua), nn. 111-112, p. 881; Parte II, nn. 114-115, p. 906; Parte III, nn. 119-120, p. 945; Parte IV, nn. 121-122, p. 965; Parte IV (continua), nn. 123-125, p. 977; Parte V, nn. 128-130, p. 1017; Parte VI, p. 1044
- SANDULLI A. – VESPERINI G., *L'organizzazione dello Stato unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2011, p. 47 ss
- SANTORIELLO C., *Il vizio di motivazione tra esame di legittimità e giudizio di fatto*, Utet, Torino, 2008
- SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile. Libro II, parte II*, Vallardi, Milano, 1959
- SATTA S., *Passato ed avvenire della cassazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, p. 946
- SATTA S., PUNZI C., *Diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 2007
- SATTA S., voce *Cassazione*, in *Enc. dir.*, 1960, vol. VI, p. 457
- SCARSELLI G., *La crisi della cassazione e i possibili rimedi*, in *Giust. proc. civ.*, 2010, p. 655
- SCELLA A., *Il vaglio di inammissibilità dei ricorsi per Cassazione*, Giappichelli, Torino, 2006
- SCHMIDT R., *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1906
- SCOGNAMIGLIO R., voce *Fattispecie*, in *Enc. giur.*, vol. XV, tomo I, 1991, p. 1
- SPANGHER, G., *Trattato di procedura penale. Vol. V. Impugnazioni*, Utet, Torino, 2009
- STOLFI N., *La riforma della corte di cassazione*, in *Giur. It.*, 1912, parte IV, p. 200
- TARUFFO M., *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*, Il Mulino, Bologna, 1991
- TARUFFO M., *La corte di cassazione tra legittimità e merito* relazione in *La giurisprudenza per massime e valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile nella collana Le monografie di contratto e impresa*, serie diretta da Francesco Galgano, a cura di VISINTINI G., Cedam, Padova, 1988
- TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975
- TARUFFO M., *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, speciale *La disponibilità della tutela giurisdizionale*, suppl. n. 1, Marzo 201, p. 111
- TARUFFO M., voce *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, vol. XV, 1991, p. 1
- VERDE G., *In difesa dello ius litigatoris (sulla Cassazione come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, vol. I, p. 1di
- VILLANI U., *Sull'efficacia della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento dopo il Trattato di Lisbona*, Atti del Convegno *Giurisprudenza nazionale e diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona. Il dialogo tra le Corti Europee, la Corte Costituzionale e la Corte di Cassazione*, Roma, 14 Novembre 2012
- VIOLLET P., *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, tome II, L. Larose et Forcel, Paris, 1898, consultabile online alla pagina web: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5580095w.r=P+VIOLLET%2C+Histoire+des+institutions+politiques+et+administratives+de+la+France.langEN>

ZAGREBELSKY G., *Caso, regola di diritto, massima relazione in La giurisprudenza per massime e valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile nella collana Le monografie di contratto e impresa*, serie diretta da Francesco Galgano, a cura di VISINTINI G., Cedam, Padova, 1988

## LEGGI E PROVVEDIMENTI LEGISLATIVI<sup>487</sup> (in ordine cronologico)

Ordonnance du Moulins del 1566, *Ordonnance sur la réforme de la justice. Moulins, février 1566*, in ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420, jusqu'à la révolution de 1789*, tome XIV, 1<sup>o</sup> partie, Belin-Leprieur, Paris, 1829, p. 189 consultabile online alla pagina web: <https://archive.org/stream/recueilgnral14fran#page/189/mode/1up>

Regolamento dell'11 agosto 1578, *Règlement du 11 août 1578* [Henry III], in È. GIRARD, *Trois livres des offices de France*, chez Estienne Richer, Livre II, Tiltre II, Paris, 1638, p. 623, consultabile online alla pagina web: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k110980z/f631.image.r=Trois%20livres%20des%20offices%20de%20France.langEN>

Ordonnance de Blois del 1579, *Ordonnance rendue sur led plaintes et doléances des états-généraux assemblés à Blois en novembre 1576, relativement à la police générale du royaume. May 1579*, in ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420, jusqu'à la révolution de 1789*, tome XIV, 1<sup>o</sup> partie, Belin-Leprieur, Paris, 1829, p. 380 consultabile online alla pagina web: <https://archive.org/stream/recueilgnral14fran#page/380/mode/1up>

Ordonnance civile del 1667, *Ordonnance civile touchant la réformation de la justice. St-Germain-en-Laye, avril 1667*, in ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420, jusqu'à la révolution de 1789*, tome XVIII, Belin-Leprieur, Paris, 1829, p. 103, consultabile online alla pagina web: <https://archive.org/stream/recueilgnraldes04jourgoog#page/n110/mode/1up>

Regolamento 28 giugno 1738, *Règlement concernant la procédure que Sa Majesté veut être observée en son Conseil*, per prendere visione del testo v. TARBÈ DES SABLONS A.P., *Cour de cassation. Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation*, Roret, Paris, 1840, §186, p. 194, consultabile altresì alla pagina web: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f208.image>

Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 26 août 1789, in MAVIDAL J. – LAURENT È. (a cura di), *Archives*

---

<sup>487</sup> La legislazione regia pubblicata nella G.U. del Regno è consultabile al sito internet della Gazzetta Ufficiale Storica: <http://augusto.digitpa.gov.it/>

Per quanto riguarda la legislazione francese, i link costituiscono accesso diretto alla pagina web della Gallica, portale online della Bibliothèque Nationale de France (BNF) oppure al sito internet della Digital Library "Internet Archive" (<https://archive.org/details/texts>).

- parlementaires de 1787 à 1860: recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises. Première série, 1787 à 1799. Tome XXX, Du 28 août au 17 septembre 1791*, chez Dupont, Paris, 1888, p. 151, consultabile altresì online alla pagina web: <https://archive.org/stream/archivesparlemen30pariuoft#page/151/mode/1up>
- Decreto 1° maggio 1790, in MAVIDAL J. – LAURENT È. (a cura di), *Archives parlementaires de 1787 à 1860: recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises. Première série, 1787 à 1799. Tome XV, Du 21 avril 1790 au 30 mai 1790*, chez Dupont, Paris, 1883, p. 354, consultabile altresì online alla pagina web: <https://archive.org/stream/archivesparlemen15pariuoft#page/354/mode/1up>
- Decreto 16 – 24 agosto 1790, *Décret sur l'organisation judiciaire, du 16 août 1790, sanctionné par lettre patentes du 24 du même mois*, in MAVIDAL J. – LAURENT È. (a cura di), *Archives parlementaires de 1787 à 1860: recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises. Première série, 1787 à 1799. Tome XVIII, Du 12 août 1790 au 15 septembre 1790*, chez Dupont, Paris, 1884, p. 104, consultabile altresì online alla pagina web: <https://archive.org/stream/archivesparlemen18pariuoft#page/104/mode/1up>
- Decreto 27 novembre – 1° dicembre 1790, *Décret portant institution d'un Tribunal de cassation, et réglant sa composition, son organisation et ses attributions*, per prendere visione del testo v. TARBÈ DES SABLONS A.P., *Cour de cassation. Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation*, Roret, Paris, 1840, §517, p. 241 consultabile altresì alla pagina web: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f255.image>
- Costituzione francese del 3-14 settembre 1791, *Constitution française du 3 septembre 1791*, in in MAVIDAL J. – LAURENT È. (a cura di), *Archives parlementaires de 1787 à 1860: recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises. Première série, 1787 à 1799. Tome XXX, Du 28 août au 17 septembre 1791*, chez Dupont, Paris, 1888, p. 151, consultabile altresì online alla pagina web: <https://archive.org/stream/archivesparlemen30pariuoft#page/151/mode/1up>
- Costituzione francese del 24 giugno 1793, *Constitution française du 24 juin 1793*, in MAVIDAL J. – LAURENT È. (a cura di), *Archives parlementaires de 1787 à 1860: recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises. Première série, 1787 à 1799. Tome LXVII, Du 20 juin au 30 juin 1793*, chez Dupont, Paris, 1905, p. 143, consultabile altresì online alla pagina: <https://archive.org/stream/archivesparlemen67pariuoft#page/143/mode/1up>
- Costituzione francese del 13 dicembre 1799, *Constitution française du 22 frimaire an VIII*, in TARBÈ DES SABLONS A.P., *Cour de cassation. Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation*, Roret, Paris, 1840, §821, p. 284 consultabile altresì alla pagina web: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f298.image>
- Senato-consulto 18 maggio 1804, *Sénatus-consulte organique 28 floréal an XII*, per prendere visione del testo v. TARBÈ DES SABLONS A.P., *Cour de cassation. Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation*, Roret, Paris, 1840, §949, p. 300, consultabile altresì alla pagina web: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f314.image>

- Legge sull'organizzazione giudiziaria del 20 aprile 1810, *Loi sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice du 20 avril 1810*, in J-G. LOCRÈ, *Législation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des codes française*, Tome XIV, Bruxelles, 1836, p. 121 consultabile alla pagina web: <http://books.google.it/books?id=ajFEAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=it#v=onepage&q&f=false>. Per la traduzione in italiano v. *Legislazione civile, commerciale e criminale ossia comentario e compimento dei codici francesi*, (a cura di G. CIOFFI), Napoli, 1843, consultabile online alla pagina web: [http://books.google.it/books?id=Rvd1Rs34p0wC&pg=PA161&dq=\\*Comentario+e+compimento+dei+codici+francesi:+14:+Codice+d%27istruzione+criminale.+2+parte+II+elementi+del+compimento+161&hl=it&sa=X&ei=qU\\_rU6\\_VCrKV7Abby4CgAQ&ved=0CCEQ6AEwAA#v=onepage&q=\\*Comentario%20e%20compimento%20dei%20codici%20francesi%3A%2014%3A%20Codice%20d'istruzione%20criminale.%202%20parte%20III%20elementi%20del%20compimento%20161&f=false](http://books.google.it/books?id=Rvd1Rs34p0wC&pg=PA161&dq=*Comentario+e+compimento+dei+codici+francesi:+14:+Codice+d%27istruzione+criminale.+2+parte+II+elementi+del+compimento+161&hl=it&sa=X&ei=qU_rU6_VCrKV7Abby4CgAQ&ved=0CCEQ6AEwAA#v=onepage&q=*Comentario%20e%20compimento%20dei%20codici%20francesi%3A%2014%3A%20Codice%20d'istruzione%20criminale.%202%20parte%20III%20elementi%20del%20compimento%20161&f=false)
- Legge 26 marzo 1819, *Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, Parte Terza, *Leggi della procedura nei giudizi civili*, VII ed., Stamperia Reale, Napoli, 1836, consultabile online, su collegamento della Biblioteca digitale dell'unificazione giuridica (BUG) presso la Biblioteca Centrale Giuridica ministeriale: [http://books.google.it/books?id=HXMDAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=it&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](http://books.google.it/books?id=HXMDAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=it&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false)
- Legge 6 giugno 1820, *Codice di procedura civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla*, Ducale Tipografia, Parma, 1820, consultabile online, su collegamento della Biblioteca digitale dell'unificazione giuridica (BUG) presso la Biblioteca Centrale Giuridica ministeriale: [http://www.giustizia.it/resources/cms/documents/COD\\_PROC\\_CIV\\_PARMA.pdf](http://www.giustizia.it/resources/cms/documents/COD_PROC_CIV_PARMA.pdf)
- Legge sull'autorità delle sentenze di cassazione del 1° aprile 1837, *Loi relative à l'autorité des arrêts rendus par la Cour de cassation après deux pourvois du 1° avril 1837*, in TARBÈ DES SABLONS A.P., *Cour de cassation. Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation*, Roret, Paris, 1840, §1395, p. 371, consultabile altresì alla pagina web: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f385.image>
- Regio Editto 30 ottobre 1847, n. 638, S.M. [Carlo Alberto] *stabilisce un Magistrato di cassazione, de determina le attribuzioni ed approva l'annessovi Regolamento relativo alla procedura davanti lo stesso Magistrato*, pubblicato in *Collezione celerifera delle leggi pubblicate nell'anno 1847 ed altre anteriori*, Fratelli Favale, Torino, 1847, p. 645
- Regio Editto 30 ottobre 1847, n. 639, *con il quale S.M. [Carlo Alberto] ordina che il Codice di procedura criminale abbia forza di legge dal 1° maggio 1848*, in *Codice di procedura criminale per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, Stamperia Reale, Torino, 1847, consultabile online alla pagina web: [http://books.google.it/books?id=zJ5TAAAACAAJ&pg=PA259&hl=it&source=gs\\_selected\\_pages&cad=2#v=onepage&q&f=false](http://books.google.it/books?id=zJ5TAAAACAAJ&pg=PA259&hl=it&source=gs_selected_pages&cad=2#v=onepage&q&f=false)
- Legge 14 giugno 1852, *Codice di procedura civile per gli Stati Estensi*, Tipografi Reali, Modena, 1852, consultabile online, su collegamento della Biblioteca digitale

- dell'unificazione giuridica (BUG) presso la Biblioteca Centrale Giuridica del Ministero della Giustizia, alla pagina web:  
[http://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Codice\\_proc\\_civ\\_Stati\\_estensi.pdf](http://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Codice_proc_civ_Stati_estensi.pdf)
- Regio Decreto 13 novembre 1859, n. 3781, *Regio decreto contenente l'ordinamento giudiziario e nuova circoscrizione territoriale delle Corti d'Appello, dei Tribunali e dei Mandamenti*, pubblicato sulla Gazzetta Piemontese – Giornale ufficiale del Regno [1859, Gennaio-Dicembre], n. 294 del 27 novembre 1859, consultabile online sul portale *Internet Culturale, Cataloghi e collezioni digitali delle biblioteche italiane*:  
[http://iccu01e.caspar.it/ms/internetCulturale.php?id=oai%3Awww.internetculturale.sbn.it%2FTeca%3A20%3ANT0000%3ATO00184804\\_41214&teca=MagTeca++ICCU](http://iccu01e.caspar.it/ms/internetCulturale.php?id=oai%3Awww.internetculturale.sbn.it%2FTeca%3A20%3ANT0000%3ATO00184804_41214&teca=MagTeca++ICCU)
- Regio Decreto 20 novembre 1859, n. 3786, *portante pubblicazione ed esecuzione del nuovo codice di procedura civile*, pubblicato sulla Gazzetta Piemontese n. 92 del 17 aprile 1860, per prendere visione del testo integrale del codice v. *Codice di procedura civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, Stamperia Reale, Torino, 1859, consultabile online alla pagina web:  
[http://books.google.it/books?id=qe8XAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=it&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](http://books.google.it/books?id=qe8XAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=it&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false)
- Regio Decreto 6 dicembre 1865, n. 2626, *Legge sull'ordinamento giudiziario*, pubblicato, per la parte che ci interessa, in G.U. del Regno n. 320 del 12 dicembre 1865 (artt. 1-92); n. 321 del 13 dicembre 1865 (artt. 93-233). Il testo integrale del decreto è riportato nella raccolta *I codici del Regno d'Italia: aggiuntevi in supplemento tutte le legislazioni riguardanti l'ordinamento giudiziario e le funzioni della giustizia civile e penale*, Stamperia Governativa, Napoli, 1866, p. 532, consultabile online alla pagina web:  
<http://books.google.it/books?id=Kj80BeSovBgC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>
- Legge 12 dicembre 1875, n. 2837, *Istituzione Corte di Cassazione civile e penale a Roma*, pubblicato in G.U. del Regno n. 300 del 27 dicembre 1875
- Legge 31 marzo 1877, n. 3761, *Leggi sui conflitti di attribuzione*, pubblicato in G.U. del Regno n. 289 del 7 aprile 1877
- Legge 6 dicembre 1888, n. 5825 *che deferisce alla Cassazione di Roma la cognizione di tutti gli affari penali del Regno*, pubblicato in G.U. del Regno n. 289 del 10 dicembre 1888
- Legge 7 marzo 1907, n. 62, *Modifiche alle disposizioni della legge sul Consiglio di stato*, pubblicato in G.U. del Regno n. 63 del 15 marzo 1907
- Regio Decreto 24 marzo 1923, n. 601 *riguardante la circoscrizione giudiziaria del Regno*, pubblicato in G.U. del Regno n. 92 del 19 aprile 1923
- Regio Decreto 30 novembre 1923, n. 2786, *Testo unico delle disposizioni sull'ordinamento degli uffici giudiziari e del personale della magistratura*, pubblicato in G.U. del Regno n. 306 del 31 dicembre 1923
- Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443, *Codice di procedura civile*, pubblicato in G.U. del Regno n. 253 del 28 ottobre 1940



Regio Decreto 30 gennaio 1941, n. 12, *Ordinamento giudiziario*, pubblicato in G.U. del Regno n. 28 del 4 febbraio 1941

Regio Decreto 18 dicembre 1941, n. 1368, *Disposizioni per l'attuazione del Codice di Procedura Civile e disposizioni transitorie*, pubblicato in G.U. del Regno n. 302 del 24 dicembre 1941

### **DISCUSSIONI IN ASSEMBLEA** **(in ordine cronologico)**

Assemblea Nazionale, pubblicate in *Gazette Nationale, ou Le moniteur universel*, vol. Maggio – Dicembre 1789, consultabile sul sito internet:  
<https://archive.org/details/gazettenationale1789panc>

Assemblea Nazionale, pubblicate in *Gazette Nationale, ou Le moniteur universel*, vol. Novembre 1789 – Giugno 1790, consultabile sul sito internet:  
<https://archive.org/stream/gazettenationale8990panc#page/590mode/1up>

Assemblea Nazionale, pubblicate in *Gazette Nationale, ou Le moniteur universel*, vol. Luglio – Dicembre 1790, consultabile sul sito internet:  
<https://archive.org/stream/gazettenationale1790panc#page/n1/mode/2up>

Assemblea Costituente, *La costituzione della repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, Sedute dal 6 novembre 1947 al 22 dicembre 1947, Camera dei Deputati, Segretariato Generale, 1976

Assemblea Costituente, *La costituzione della repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. VIII, Camera dei Deputati, Segretariato Generale, 1976